This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Это цифровая коиия книги, хранящейся для иотомков на библиотечных иолках, ирежде чем ее отсканировали сотрудники комиании Google в рамках ироекта, цель которого - сделать книги со всего мира достуиными через Интернет.

Прошло достаточно много времени для того, чтобы срок действия авторских ирав на эту книгу истек, и она иерешла в свободный достуи. Книга иереходит в свободный достуи, если на нее не были иоданы авторские ирава или срок действия авторских ирав истек. Переход книги в свободный достуи в разных странах осуществляется ио-разному. Книги, иерешедшие в свободный достуи, это наш ключ к ирошлому, к богатствам истории и культуры, а также к знаниям, которые часто трудно найти.

В этом файле сохранятся все иометки, иримечания и другие заииси, существующие в оригинальном издании, как наиоминание о том долгом иути, который книга ирошла от издателя до библиотеки и в конечном итоге до Вас.

Правила использовапия

Комиания Google гордится тем, что сотрудничает с библиотеками, чтобы иеревести книги, иерешедшие в свободный достуи, в цифровой формат и сделать их широкодостуиными. Книги, иерешедшие в свободный достуи, иринадлежат обществу, а мы лишь хранители этого достояния. Тем не менее, эти книги достаточно дорого стоят, иоэтому, чтобы и в дальнейшем иредоставлять этот ресурс, мы иредириняли некоторые действия, иредотвращающие коммерческое исиользование книг, в том числе установив технические ограничения на автоматические заиросы.

Мы также иросим Вас о следующем.

- Не исиользуйте файлы в коммерческих целях.
  Мы разработали ирограмму Поиск книг Google для всех иользователей, иоэтому исиользуйте эти файлы только в личных, некоммерческих целях.

- Не отиравляйте автоматические заиросы.
  Не отиравляйте в систему Google автоматические заиросы любого вида. Если Вы занимаетесь изучением систем машинного иеревода, оитического расиознавания символов или других областей, где достуи к большому количеству текста может оказаться иолезным, свяжитесь с нами. Для этих целей мы рекомендуем исиользовать материалы, иерешедшие в свободный достуи.

- Не удаляйте атрибуты Google.
  В каждом файле есть "водяной знак" Google. Он иозволяет иользователям узнать об этом ироекте и иомогает им найти доиолнительные материалы ири иомощи ирограммы Поиск книг Google. Не удаляйте его.

- Делайте это законно.
  Независимо от того, что Вы исиользуйте, не забудьте ироверить законность своих действий, за которые Вы несете иолную ответственность. Не думайте, что если книга иерешла в свободный достуи в США, то ее на этом основании могут исиользовать читатели из других стран. Условия для иерехода книги в свободный достуи в разных странах различны, иоэтому нет единых иравил, иозволяющих оиределить, можно ли в оиределенном случае исиользовать оиределенную книгу. Не думайте, что если книга иоявилась в Поиске книг Google, то ее можно исиользовать как угодно и где угодно. Наказание за нарушение авторских ирав может быть очень серьезным.

О программе Поиск кпиг Google

Миссия Google состоит в том, чтобы организовать мировую информацию и сделать ее всесторонне достуиной и иолезной. Программа Поиск книг Google иомогает иользователям найти книги со всего мира, а авторам и издателям - новых читателей. Полнотекстовый иоиск ио этой книге можно выиолнить на странице `http://books.google.com/`

A7
Diuvernua, N.L.
Chtemia ...

HARVARD LAW LIBRARY

Received JUL 5 1928

ЧТЕНІЯ

ПО

ГРАЖДАНСКОМУ ПРАВУ

ЗАСЛУЖЕННАГО ПРОФЕССОРА С.-ПЕТЕРБУРГСКАГО УНИВЕРСИТЕТА

Н. Л. ДЮВЕРНУА.

Nikolaĭ L'vovich Diuvernua

ТОМЪ ПЕРВЫЙ.

ВВЕДЕНІЕ и ЧАСТЬ ОБЩАЯ.

(ВЫПУСКЪ I-й).

IV-е изданіе.

С.-ПЕТЕРБУРГЪ.
Типографія М. М. Стасюлевича, Вас. Остр., 5 лин., 28.
1902.

JUL 5 1979

По опредѣленію юридическаго факультета Императорскаго С.-Петербургскаго Университета, печатать разрѣшается, 29 ноября 1901 года.

Деканъ *Д. Гриммъ.*

ОГЛАВЛЕНІЕ.

ВВЕДЕНІЕ.

СТРАН.

§ 1. Предварительная замѣтка. — Состояніе кодифицированнаго гражданскаго права въ разныхъ государствахъ Запада и у насъ.—Три кодифицированныя системы въ Россіи.—Наше отношеніе къ цивилистической литературѣ во Франціи и въ Германіи.—Два кардинальныя начала, лежащія въ основѣ всѣхъ современныхъ системъ, и соотвѣтствующія имъ двѣ дисциплины гражданскаго права.—Учебныя и литературныя пособія 1

§ 2. Выжидательное состояніе Германіи въ предкодификаціонную эпоху. — Совпаденіе проблемъ нашей цивилистики съ нѣмецкою этой эпохи.—Кавелинъ.—Историческій методъ въ юриспруденціи.—Природа права и мысли Савиньи о кодификаціи. — Переворотъ 48 года.—Новые люди.—Программа новаго журнала.—Признаки возврѣній на право какъ на придуманный аппаратъ.—Новыя политическія вѣянія. — Появленіе трактата Der Zweck im Recht.—Право какъ Zweckapparat.—Реквизитъ принудительности.—Цѣли спасенія. — Сомнительная новизна конструкціи. — Оцѣнка подобныхъ попытокъ.—Оппортунизмъ.—Народные взгляды на право въ Германіи и у насъ.—Право и техника юридическая. 14

§ 3. Двѣ области права, право публичное и частное. — Разграниченіе по Ульпіану.—Группировка взглядовъ на эту латинскую традицію въ новое время.—Weltgeist у Гегеля.—„Открытіе права частнаго“.—Свобода и необходимость въ различныхъ сочетаніяхъ на новой почвѣ.—Національная самобытность и Ausstossungsprocess.—Опасенія Савиньи. — Замѣна воли интересомъ.—Привывъ къ эманципаціи у Кавелина.—Имущественный критерій для *новаго* гражданскаго права. — Идеи Августа Тона. — Юридическій методъ разграниченія обѣихъ областей права. — Дѣла челобитчиковы.—Искъ и лѣкарство.—Подвижность этого формальнаго признака . . . 33

§ 4. Право общее и особенное (мѣстное). — Количественное отношеніе нормъ того и другого рода. — А. Формальная сторона явленія.—

СТРАН.

Германія до и послѣ 70-хъ годовъ истекшаго столѣтія и мѣстные законы Остзейскихъ губерній ч. III. — Право общее и сходное.— В. Матерьяльная сторона явленія.—Мысли Пухты.—Условіе благопріятствующее количественному развитію нормъ общихъ. — Неодинаковая способность разныхъ институтовъ цивильной системы къ правообщенію. — Опытъ установленія общей скалы этого процесса.—I. Античный міръ; развитіе нормъ общихъ въ различныхъ институтахъ римскаго права 62

§ 5. Право общее и особенное (продолженіе). — II. Міръ новый.—Система личныхъ правъ и ея вліяніе на правообщеніе. — Принципъ территорьяльности и lex domicilii. — Возможно ли въ первоначальную эпоху провести границу между правомъ публичнымъ и частнымъ? — 1. Условія развитія правообщенія *во Франціи*: — a) Королевская власть; — b) Традиція римскаго права. — Рецепція юстиніановскаго права. — c) Кутюмное право; дробленіе кутюмныхъ территорій. — Обработка кутюмовъ частными лицами и официальными органами. — Начертаніе, объединеніе и утвержденіе властью короля. — d) Королевскіе ордонансы. — 2. Развитіе общаго права въ Германіи. — Территорьяльное разновластіе. — Обиліе мѣстныхъ и особыхъ по инымъ основаніямъ правъ. — Саксонское зерцало.— Характерныя черты эпохи: лицо въ составѣ союза, преобладаніе правоотношеній вещнаго типа.—Признаки переходнаго состоянія.— Условія замедляющія, сравнительно съ Франціей, образованіе своего общаго права 76

§ 6. Право общее и особенное (продолженіе).—Явленія правообщенія при столкновеніи разныхъ территорьяльныхъ нормъ въ ихъ примѣненіи къ различнымъ институтамъ гражданскаго права.— Ученіе о статутахъ въ средніе вѣка и въ новое время. — Успѣхи общенія независимо отъ наличности формальной основы для *права общаго*. — Проектъ 1888 г. и нормы нѣмецкаго имперскаго Гражданскаго Уложенія 96 г. 95

§ 7. Рецепція римскаго права на Западѣ.— Универсальный характеръ явленія.—Итальянскіе университеты.—Общеніе націй.—Отношеніе итальянскихъ учителей къ римскому праву. — *Общія причины* рецепціи. — Вѣрованія. — Проповѣдь. — Вопросъ о *формальной* основѣ рецепціи 111

§ 8. Рецепція *во Франціи*. — Историческая школа. — Raison écrite. — Упадокъ. — *Германскіе университеты*. — „Національный“ протестъ. — Встрѣчныя теченія. — Подавляющее дѣйствіе на національные институты.—Скудость *общаго права* своего. — Предстоящая общая отмѣна формальнаго авторитета латинскихъ текстовъ. 123

§ 9. Понятіе кодификаціи.—Кризисы въ историческомъ процессѣ праворазвитія.—Выходъ нормальный и насильственный.—Code civil.— Кодификація въ нѣмецкихъ земляхъ въ XVI в. — Codex maximilianeus bavaricus.— Кодификаціонная программа въ Пруссіи. —

СТРАН.

Прусскій Landrecht. — Оцѣнка его въ прежнее время. — Система Ландрехта.—Образцы регламентаціи.—Австрійскій кодексъ. . . 135

§ 10. Примѣнимъ ли одинъ критерій къ оцѣнкѣ 3-хъ кодексовъ?—Идея національнаго кодекса для всей Германіи.—Неудовлетворенность одной научной разработкой вопросовъ права.—Принципъ пользы; общность національнаго правосознанія.—Рознь въ правѣ и общность въ политикѣ.—Военное торжество.—Расширеніе имперской компетенціи на все гражданское право.—Кодификаціонныя работы, ихъ планъ.—Движеніе законодательства.—Проектъ 1888 г.—Неблагопріятная встрѣча 153

§ 11. Коммиссія для выработки Второго чтенія. — Призывъ Виндшейда. — Неодинаковый смыслъ требованія „народности“ отъ кодекса. — Отрицательная критика Второго чтенія. — Напутствіе Зома.—Голосованіе въ Рейхстагѣ.—Характерныя черты; уступки и соглашенія интересовъ разныхъ группъ. — Критерій народности, единства и общности въ примѣненіи къ новому Уложенію.—Разрывъ съ традиціей общаго права и укрѣпленіе старыхъ партикуляризмовъ.—Новая школа юриспруденціи.—Опасенія Лёнеля . . 172

§ 12. Параллелизмъ общихъ признаковъ культуры права на западѣ и у насъ 186

A. Бытовая рознь и признаки личной или племенной системы въ исторіи нашего права.—Черты прошлаго въ современномъ правѣ.—Сходство и общность права 186

B. Начало договорное, отвѣчающее потребности правообщенія, особенно разные виды групповыхъ рядовъ.—Письменная форма укрѣпленія конвенціональныхъ и обычноправныхъ нормъ. 188

C. Дѣятельность церкви въ вопросахъ права вообще. — Соприкосновеніе съ универсальной системой.—Традиція римскаго права на востокѣ.—Шестикнижіе Гарменопулы.—Внутреннія признаки византійскаго права вообще и права частнаго въ особенности. — Реципированные въ составъ Кормчей книги византійскіе сборники.—Вліяніе церкви на расширеніе правообщенія.—Обработка Русской Правды и ея значеніе какъ общаго источника права 189

D. Территоріальное начало въ нашемъ правѣ.—Волости вольныя.—Раннее развитіе общности правосознанія въ связи съ обособленіемъ права публичнаго и частнаго. — Признаки этого явленія въ памятникахъ права вольныхъ волостей; дальнѣйшая судьба этихъ зачатковъ. — Литовскій статутъ.—Современное примѣненіе. — Изданія статута; разныя эпохи.—Проектъ правъ малороссійскихъ и его источники. — Общая характеристика статута.— Техника.—Отличительныя черты внутренняго строенія инсти-

СТРАН.

тутовъ. — Сопоставленіе съ территорьяльными нормами вольныхъ волостей 197

E. Московская централизація. — Поглощеніе публичнымъ правомъ права частнаго.—Оцѣнка чести по Уложенію.—Внѣоборотность недвижимостей по указу 1714 г.—Выполненіе публичныхъ работъ посредствомъ „набора". 210

F. Дѣла челобитчиковы.—Условный критерій частно-правнаго отношенія. — Безразличіе методовъ процедированья. — Екатерининская эпоха. — Единство въ правѣ. — Судебная волокита 217

G. Обиліе партикуляризмовъ. — Жажда нормъ. — Рессурсы со стороны. — Отечественныя школы юриспруденціи.—Университетъ; мысли Екатерины II.—Приведеніе въ извѣстность массы указовъ. —Сперанскій.—Т. X. ч. 1; характеристика его состава.—Общій сводъ и общее право. . 221

H. Обособленіе права публичнаго и частнаго въ эпоху Великихъ реформъ.—Судебные Уставы Императора Александра II.—Законъ и судъ 232

I. Спеціализація знаній у юристовъ.—Выработка началъ общаго права. — Трудность дѣла въ особенности въ условіяхъ развитія нашего права. — Задача университетскаго преподаванія 238

ВВЕДЕНІЕ.

§ 1.

Предварительная замѣтка.—Состояніе кодифицированнаго гражданскаго права въ разныхъ государствахъ Запада и у насъ.—Три кодифицированныя системы въ Россіи.—Наше отношеніе къ цивилистической литературѣ во Франціи и въ Германіи.—Два кардинальныя начала, лежащія въ основѣ всѣхъ современныхъ системъ, и соотвѣтствующія имъ двѣ дисциплины гражданскаго права.—Учебныя и литературныя пособія.

Мы открываемъ сегодня курсъ гражданскаго права, разсчитанный на нѣсколько семестровъ. Занятія вами этимъ предметомъ, начатыя сегодня, будутъ продолжаться въ университетѣ до дня вашего выхода. Въ задачахъ курса, до такой степени продолжительнаго, необходимо дать себѣ отчетъ заранѣе, прежде чѣмъ приступить къ подробностямъ выполненія. Безъ нѣкоторыхъ предварительныхъ свѣдѣній мы легко позже затеряемся въ подробностяхъ, и самостоятельныя занятія гражданскимъ правомъ въ послѣдующихъ семестрахъ совсѣмъ не будутъ возможны. Затрудненія будутъ чувствоваться все сильнѣе и сильнѣе и станутъ безвыходными. Работа потеряетъ всякую занимательность, и трудъ будетъ мало вознагражденъ, если на каждомъ шагу, въ курсѣ, будутъ встрѣчаться контроверзы, мнѣнія разныхъ писателей, часто не русскихъ, положенія римскаго права, новыхъ кодексовъ, историческія экскурсіи, гипотетическія построенія и проч., и при этомъ слушателямъ не будетъ ясно, въ какомъ отношеніи все это стоитъ въ задачѣ ознакомленія съ русскимъ гражданскимъ правомъ.

Обыкновенно юристамъ сначала кажется, что надо поскорѣе приступить къ тексту закона, не толковать много о вводныхъ

ученіяхъ, не входящихъ въ составъ положительнаго законодательства, искать отвѣтовъ въ судебной практикѣ, а не въ отвлеченныхъ ученіяхъ. Въ такомъ взглядѣ и въ такихъ требованіяхъ есть своя справедливая сторона. Чѣмъ скорѣе къ практическимъ задачамъ, тѣмъ лучше для юриста. Но положеніе преподавателя и слушателей гражданскаго права не всегда и не вездѣ одинаковое.

Когда вамъ объявляютъ курсъ гражданскаго права, дѣйствующаго во Франціи, то это Code civil, съ доктринами, юриспруденціей, тысячекратно разработанный для цѣлей практическихъ, учебныхъ, изданный во множествѣ видовъ, съ указаніемъ матеріала, послужившаго его основой, съ памятниками, касающимися редакціи его статей и проч., переложенный, наконецъ, въ стихи для желающихъ запоминать цѣлыя тирады наизусть. И такъ, это одинъ кодексъ гражданскаго права для цѣлаго обширнаго государства, получившій, какъ увидимъ далѣе, скоро примѣненіе далеко за предѣлами Франціи. Когда вамъ предлагаютъ курсъ прусскаго ландрехта, то это будетъ кодифицированное въ концѣ прошлаго столѣтія мѣстное право, котораго главные составные элементы даются двумя общими системами права, римской и германской, и видоизмѣняются мѣстной законодательной дѣятельностью. Особенность, которую мы здѣсь отмѣтимъ, будетъ состоять въ томъ, что значительное число округовъ самой Пруссіи находится не подъ господствомъ прусскаго ландрехта, и чтобы узнать, столь же близко къ практикѣ, какъ во Франціи, гражданское право прусскаго государства, надо ознакомиться не съ однимъ, а съ нѣсколькими кодексами. Для обозрѣнія пестроты дѣйствующихъ въ Пруссіи юридическихъ нормъ вы найдете въ руководствѣ Рота (Roth, System d. deutsch. Privat-Rechts, т. 1) 66 стрр. однихъ перечисленій, въ какой провинціи какое дѣйствуетъ право (стрр. 57 — 123). Любопытно, что въ отдѣльной большой области прусскаго государства, въ Рейнскихъ провинціяхъ, прусское право примѣняется какъ исключеніе, а какъ общее правило дѣйствуетъ французскій кодексъ (тамъ же, стр. 121 и слѣд.). Натурально, изученіе гражданскаго права, дѣйствующаго въ Пруссіи, *гораздо затруднительнѣе*, и курсъ такого содержанія будетъ несравненно сложнѣе, чѣмъ курсъ французскаго гражданскаго права. Неудобно, держась близко текстовъ, исчерпывать содержаніе хотя бы двухъ кодексовъ разнаго строенія. Надо искать выхода въ какихъ-либо обобщающихъ ихъ содержаніе элементахъ. Трудность легко перейдетъ въ невозможность, если такихъ пестрыхъ нормъ большое количество.

Сдѣлаемъ шагъ въ нашей практикѣ. Въ числѣ обширныхъ обособленныхъ въ юридическомъ смыслѣ территорій русскаго государства видное мѣсто принадлежитъ остзейскимъ губерніямъ. Законодатель давно искалъ средствъ объединить эти области, по отношенію къ суду и закону, съ другими русскими областями. Усилій потрачено было очень много. Одно время можно было сомнѣваться въ успѣхѣ дѣла. Въ оффиціальныхъ сферахъ говорили, что для одного перевода матеріаловъ съ латинскаго, шведскаго, нѣмецкаго на русскій, чтобъ сдѣлать тайны остзейскаго юридическаго быта извѣстными русскимъ законодательнымъ и судебнымъ инстанціямъ, нужна работа цѣлаго штата переводчиковъ въ продолженіе шести до восьми лѣтъ. На нашихъ глазахъ происходило то самое, о чемъ повѣствуетъ Помпоній, и чему такъ неохотно вѣрятъ современные романисты (fr. 2, §§ 6 и 7. D. de O. J.), т.-е. право и его практика оставались тайной, были недоступны для достовѣрныхъ взысканій внѣ круга непосредственно заинтересованныхъ лицъ. Въ 64 г. это opus desperatum появилось на русскомъ языкѣ, въ оффиціальномъ изданіи, и притомъ съ такимъ количествомъ статей, которое вдвое превышаетъ число артиклей французскаго кодекса, дѣйствующаго во всей Франціи (Св. мѣстн. узак., ч. 3, имѣетъ 4600 ст.; Франц. код. 2281). Откуда это обиліе нормъ? Оно всегда свидѣтельствуетъ объ индивидуализмѣ въ странѣ, о слабости общественнаго союза, о стремленіи каждаго жить по его праву и право другого разсматривать какъ нѣчто чуждое, ничѣмъ съ моимъ правомъ не связанное. Признаки такого состоянія права мы наблюдаемъ въ странѣ, имѣющей свой университетъ съ давно дѣйствующимъ факультетомъ юристовъ.—Что же сказать о русскихъ областяхъ, куда не могъ проникнуть свѣтъ юриспруденціи? Громадная масса нормъ неписаннаго права допущена законодателемъ къ примѣненію въ низшихъ судебныхъ инстанціяхъ, гдѣ и кончается ихъ извѣстность. Эти обычныя нормы не собраны, не записаны, за незначительными исключеніями, не приведены къ единству; между тѣмъ несомнѣнно, что ими руководится самая значительная часть низшихъ слоевъ русскаго народа. Точно также мало разработано, недостовѣрно состояніе юридическаго быта русскихъ инородцевъ. Мой многоуважаемый предшественникъ по каѳедрѣ, профессоръ К. И. Малышевъ, послѣ многихъ лѣтъ труда и въ совершенно исключительныхъ условіяхъ обладанія самыхъ рѣдкихъ въ книжной торговлѣ сборниковъ, успѣлъ въ 80 г. составить сборникъ разномѣстныхъ нормъ по праву семейному и связаннымъ съ нимъ институтамъ. Сборникъ вышелъ крайне обширный (890 стрр.

заключ. 5173 статьи), пригодный особенно для справокъ, и притомъ безъ ручательства собирателя, что указываемыя нормы обычнаго права удержали до послѣдняго времени свою силу.

Обращая вниманіе на эту умножающуюся, отъ Франціи и до насъ, нестроту нормъ, мы должны замѣтить, что кромѣ знанія законовъ и обычаевъ, существенное условіе практическаго знанія дѣйствующихъ въ странѣ правъ составляетъ юриспруденція, научное и судебное разумѣніе этихъ нормъ. Въ отношеніи практики суда мы имѣемъ матеріалъ хотя и обширный, но довольно случайный, ибо его освѣщаетъ намъ постоянно только дѣятельность центральныхъ учрежденій имперіи, каковы въ особенности 1-й и 2-й департаменты сената, по крестьянскимъ дѣламъ, старые судебные и теперешніе кассаціонные департаменты. Безъ этого посредства вся масса судебной дѣятельности окружныхъ судовъ, судебныхъ палатъ и другихъ судебныхъ установленій остается почти совершенно скрытой въ архивахъ этихъ инстанцій.

И такъ, многочисленность кодексовъ у насъ, какъ и въ нѣкоторыхъ западныхъ государствахъ, до послѣдняго времени въ Германіи, съ одной стороны, съ другой — сейчасъ коротко описанное нами общее состояніе нашего юридическаго быта дѣлаютъ задачу изученія и преподаванія нашего гражданскаго права *своеобразно трудною* и во многомъ отличною отъ той же задачи въ факультетахъ на западѣ. Условія успѣшнаго изученія нашего гражданскаго права измѣняются къ лучшему съ каждымъ годомъ. Но, въ настоящее время, при наличности скуднаго содержаніемъ X т. и двухъ обширныхъ провинціальныхъ кодексовъ (остзейскаго и польскаго), нѣтъ возможности, держась близко текстовъ этихъ 3-хъ кодексовъ, излагать дѣйствующее въ Россіи гражданское право въ одномъ курсѣ.

Сдѣлать содержаніе и тексты X т. доминирующими надъ этими 2-мя кодексами оказалось неудобнымъ для цѣлей *общей кодификаціи*, какъ это было задумано Сперанскимъ, и это совершенно также неудобно для преподаванія, ибо въ X т. введено слишкомъ мало элементовъ, способныхъ стать общими, и самъ онъ составляетъ лишь *предварительную систематическую сводку легальнаго матеріала*, а не окончательную отдѣлку, какую Сперанскій предполагалъ дать русскому праву въ видѣ *гражданскаго уложенія*, и какой оно не имѣетъ доселѣ.

Необходимость текстуальнаго изученія X т., за немногими исключеніями, едва ли нынѣ можетъ быть высоко цѣнима въ виду подготовляемой переработки его текстовъ въ законодатель-

номъ порядкѣ. Съ отмѣной старыхъ текстовъ, несомнѣнно, упадетъ практическій интересъ изученія какъ ихъ самихъ, такъ и связанной съ ними судебной практики. Обыкновенно осужденные на слом построенія такого рода перестаютъ привлекать къ себѣ дѣятельныя силы ученой юриспруденціи, какъ это мы видѣли недавно въ Германіи по отношенію къ старымъ процессуальнымъ нормамъ, когда юристы ждали появленія новаго устава гражданскаго судопроизводства. Отживающій кодексъ переходитъ понемногу въ область прошлаго.

Возможно было бы думать, что отказывая X-му тому въ пригодности для доминирующаго значенія въ курсѣ, мы хотимъ дать одному изъ мѣстныхъ кодексовъ такое значеніе. Для этого, однако, нѣтъ основаній, ибо хотя оба вышеназванные кодекса заключаютъ въ себѣ неизмѣримо больше элементовъ общаго права, чѣмъ нашъ X т., но во-1-хъ, они, въ главнѣйшихъ чертахъ своихъ, совершенно не самобытны и въ этомъ смыслѣ отнюдь не стоятъ выше X т., и во-2-хъ, тѣ ихъ элементы, которые для насъ, какъ и для всѣхъ, имѣютъ цѣну, именно современное римское и новое (не римскаго происхожденія, называемое нынѣ германскимъ) гражданское право, ушли, въ теперешней ихъ ученой обработкѣ, много дальше современнаго тѣмъ кодексамъ положенія ученій. Вотъ почему намъ нѣтъ надобности принимать за исходную и доминирующую въ нашемъ курсѣ систему ни тотъ, ни другой мѣстный кодексъ.

Какимъ же образомъ дать современному гражданскому праву Россіи освѣщеніе въ краткомъ академическомъ курсѣ? Чтобъ достигнуть этой цѣли, намъ надо не столько держаться текстовъ нашихъ легальныхъ книгъ, какъ это дѣлаютъ французы, сколько *выбирать изъ нихъ общіе элементы строенія гражданскихъ институтовъ*, освѣщать ихъ особенностями исторіи отдѣльныхъ большихъ территорій цивильнаго права, уяснять себѣ причины и условія неразработанности того или другого элемента въ томъ или другомъ институтѣ, установлять правильную точку зрѣнія на эти недостатки, опредѣлять случайный или постоянный характеръ этихъ недостатковъ, восполнять ихъ, гдѣ это можно и нужно, въ виду развивающагося цивильнаго быта страны, въ виду практики сдѣлокъ и суда. Словомъ, цѣль наша есть *возможное систематическое объединеніе роднаго матеріала нашего гражданскаго права*, приведеніе его въ такой видъ, какого право должно достигать при дальнѣйшихъ усиліяхъ юриспруденціи научной и практической и при выполненіи, уже существующихъ въ проектѣ, законодательныхъ работъ; существенно — это есть

задача раскрытія элементовъ общихъ нашего цивильнаго быта, въ коемъ нерѣдко рознь составляетъ явленіе случайное, внѣшнее, легко устранимое. И если на ряду съ этимъ мы будемъ въ курсѣ останавливаться на нѣкоторыхъ партикуляризмахъ, то только тамъ, гдѣ они составляютъ характерную черту русскаго праворазвитія или крупную модификацію въ системѣ общаго права.

Для достиженія этихъ цѣлей намъ незьзя ограничиться тѣми только средствами, какія даетъ русская письменность. Судьбы гражданскаго права въ разныхъ областяхъ современнаго европейскаго общества далеко не столь розны, чтобы *сравнительное изученіе* ихъ не давало *практически важныхъ результатовъ* для заключеній по нашему праву. То состояніе нашего юридическаго быта, коего нѣкоторыя черты мы дали выше, не есть исключительное для Россіи. Здѣсь для насъ видны только фазы общаго движенія, которыя проходили, частью еще проходятъ, наши западные сосѣди. Въ судьбахъ Германіи за истекшее столѣтіе мы найдемъ много точекъ соприкосновенія съ явленіями нашей жизни, много вопросовъ, заботъ и задачъ совершенно тождественныхъ для нѣмецкой и русской юриспруденціи. Независимо отъ этого, въ прошлыхъ судьбахъ Франціи разрѣшились, хотя, конечно, не совершенно въ томъ же видѣ, но тѣ же вопросы, которые ждутъ еще своего разрѣшенія у насъ. Разумѣніе этихъ судебъ гражданскаго права у новыхъ народовъ откроетъ намъ нерѣдко короткій путь для объясненія явленій, уже наступившихъ и имѣющихъ наступить въ нашемъ правѣ.

Мы примѣнимъ эту методу сопоставленій, сравненій, различеній, аналогій, историческихъ и догматическихъ, не только къ вопросамъ общаго характера, но и къ изученію отдѣльныхъ институтовъ гражданскаго права.

Въ академическомъ смыслѣ мы найдемъ возможность обширно утилизировать для изученія современнаго дѣйствующаго въ Россіи гражданскаго права тѣ знанія, какія пріобрѣтены въ предшествующихъ курсахъ гражданскаго права римскаго.

Въ самой значительной части какъ академической, такъ и литературной обработки современнаго гражд. права вы найдете этотъ пріемъ самымъ общимъ въ наше время.

Нигдѣ въ новомъ мірѣ догма гражданскаго права не развилась настолько самостоятельно, полно и независимо отъ воздѣйствія римскихъ ученій, чтобы возможно было дать сколько-нибудь законченную картину современнаго юридическаго быта страны, не намѣчая точекъ сходства и различія съ римскимъ правомъ. Не только учебные и ученые труды всегда сводятъ счеты съ рим-

скимъ правомъ, но и работы законодательныя на западѣ, какъ и у насъ, не остаются, въ той или другой мѣрѣ, свободными отъ его вліянія. Это вліяніе можетъ быть не полное, не сознанное, посредствуемое, случайное, но его легко раскрыть повсюду, на западѣ и на востокѣ, въ старомъ и въ новомъ мірѣ. Наличность этого вліянія составляетъ *историческую черту всей современной культуры гражданскаго права*, и наоборотъ, отсутствіе или незначительность его скорѣе должны быть разсматриваемы какъ преходящая случайность. Въ странахъ романскихъ это вліяніе есть частью непосредственное, органически-связанное съ ихъ исторіей; въ германскомъ мірѣ—позднѣйшее, искусственное; у насъ, въ нашихъ историческихъ судьбахъ, менѣе постоянное, неровное, случайное, въ послѣднее пятидесятилѣтіе пріобрѣтающее большее постоянство благодаря дѣятельности нашихъ юридическихъ факультетовъ.

Рядомъ съ этимъ, другой элементъ современнаго гражданскаго права, *институты не римскаго происхожденія*, такъ сказать юридическія новообразованія, восполняютъ систему новаго права. Это тотъ элементъ, который въ нѣмецкой литературѣ слишкомъ узко обозначаютъ наименованіемъ общаго нѣмецкаго права (deutsches Privatrecht, также gemeines deutsches Pr.-recht) и котораго признаки мы найдемъ нынѣ повсюду, гдѣ общественный строй и экономическая жизнь значительно отличны отъ римскаго.

Кругъ такихъ новообразовавшихся институтовъ далеко не представляетъ собою чего-либо законченнаго, цѣльнаго, способнаго вытѣснить и замѣнить собою старую основу римской цивильной системы.

Повсюду, гдѣ вы найдете обиліе плохихъ кодификаціонныхъ подѣлокъ, какъ, напр., въ Германіи, преподаваніе гражданскаго права распадается на такіе два курса—современнаго римскаго и новаго нѣмецкаго общаго права. За этимъ никакой мѣстный кодексъ не представитъ для юриста трудности въ его усвоеніи, ибо всякій включаетъ въ себѣ необходимо, такъ или иначе разработанныя, именно эти два кардинальныя начала.

Въ двухъ руководствахъ, которыя названы въ Обозрѣніи преподаванія, вы увидите, въ неодинаковой степени, явные слѣды римской школы ихъ составителей.

Объ этихъ руководствахъ я долженъ сказать нѣсколько словъ.

Руководство покойнаго профессора Дмитрія Ивановича Мейера составляютъ записки его слушателей, которыхъ, быть можетъ, самъ покойный профессоръ никогда не видалъ въ этомъ цѣломъ ихъ составѣ. Самъ профессоръ Мейеръ, представитель хорошей

нѣмецкой школы въ юриспруденціи средины 40-хъ годовъ, преподавалъ гражданское право въ Казани, потомъ, короткое время, въ Петербургѣ. Его ученая и учебная дѣятельность относится къ той порѣ русскаго законодательства, когда послѣдующія великія событія перерожденія русскаго общества едва предчувствовались. Мейеръ имѣлъ передъ собою кодексъ гражд. права, мало походившій на другіе подобные кодексы по исключительности своего содержанія. Это былъ, какимъ онъ остается въ основѣ и теперь, сводъ указовъ со временъ Уложенія царя Алексѣя Михайловича и до текущаго законодательства, составленный въ интересахъ извѣстности дѣйствующаго законодательства въ кругу лицъ привилегированныхъ классовъ и въ старой сферѣ гражданской юрисдикціи. Это не былъ собственно гражданскій кодексъ, ибо, какъ справедливо замѣтилъ Карамзинъ, гражданъ въ ту пору Россія не знала, а извѣстны были дворяне, купцы, духовные и пр. Много инструктивнаго для своей аудиторіи, именно по праву гражданскому, Мейеръ не могъ извлечь, держась близко текстовъ X т. Въ его положеніи много общаго съ положеніемъ преподавателя какого-либо изъ земскихъ нѣмецкихъ кодексовъ, только оно еще менѣе благодарно.

Такіе кодексы очень близки къ практикѣ, обязательны для мѣстной юстиціи, но этимъ формальнымъ авторитетомъ и ограничивается ихъ значеніе. Между тѣмъ, гражданскій оборотъ очень трудно, въ наше время, подчинить территоріальной максимѣ. Когда надо перекрѣплять недвижимыя имущества, совершать завѣщаніе, предъявлять права на наслѣдство, особенно по имуществамъ недвижимымъ, съ характеромъ привилегированнаго обладанія, тогда, конечно, нельзя не держаться самымъ точнымъ образомъ текста извѣстныхъ статей. Но цивильный бытъ существуетъ не этими только функціями. Изученіе такихъ локальныхъ кодексовъ не имѣло никогда значительной аттракціи въ нѣмецкихъ факультетахъ. Аудиторіи собирались у Савиньи, Эйхгорна, Вангерова, Брунса, Гербера и другихъ, а не у толкователей прусскаго ландрехта. Эти люди давали своимъ слушателямъ широкіе взгляды на задачу юриспруденціи, открывали путь національному общегерманскому правовѣдѣнію, слагавшемуся изъ реципированнаго римскаго и прилежно разрабатываемаго нѣмецкаго права. Школа практиковъ вѣдала обыкновенно только мѣстные кодексы, съ чисто территоріальнымъ значеніемъ. Юристы, переходившіе изъ университетскихъ аудиторій въ сферу практической дѣятельности, пріобрѣтали способность разумѣнія любого ландрехта, хотя, быть можетъ, уступали практикамъ въ техникѣ при-

мѣнения того или другого изъ нихъ. Одинъ изъ самыхъ почтенныхъ нынѣшнихъ нѣмецкихъ ученыхъ юристовъ проф. Дернбургъ думаетъ, однако, что преимущество рутинеровъ мѣстнаго права далеко незначительно, и что безпристрастные цѣнители справедливо предпочитаютъ въ Германіи достоинство теоретически образованнаго юриста умѣлости рутинера даже въ практическомъ дѣлѣ, ибо находчивость практика есть совершенно условная и способная сейчасъ смутиться, какъ только привычный порядокъ статей подвергся измѣненію.

Если Мейеръ ставилъ себѣ задачей дисциплинировать слушателей въ цивильномъ правѣ, удовлетворять ихъ потребности въ юридическомъ образованіи, то онъ не могъ достигнуть этого, держась исключительно содержанія X т. Для него, какъ и для западныхъ учителей, открытъ былъ тотъ же источникъ юридическаго просвѣщенія, который лежитъ въ современномъ примѣненіи римскаго права и въ видоизмѣненіяхъ гражданскихъ институтовъ, созданныхъ новымъ временемъ. Это дѣлаетъ трудъ Мейера непрактичнымъ въ томъ же смыслѣ, какъ и труды западныхъ собратій по разработкѣ догмы гражданскаго права. Ни пандекты Виндшейда, ни системы гражданскаго права Гербера, Безелера, Штобе, Рота, Гейзлера, Гирке не научатъ васъ совершать договоры найма вещей и лицъ по прусскому, баварскому или иному праву, точно такъ же какъ и Мейеръ уступитъ, въ этомъ смыслѣ, въ практичности, любому календарю практическихъ свѣдѣній. Мейеръ трактуетъ о лицѣ, о вещахъ, о сдѣлкахъ юридическихъ, объ условныхъ сдѣлкахъ. Лицо у него является не съ тѣмъ признакомъ, какъ въ сводѣ, сословности, званія, чина; смыслъ этого понятія, какъ увидите ближе впослѣдствіи, совсѣмъ иной, чуждый тогдашнему законодательству, хотя и тогда уже не вовсе чуждый жизни. То же для понятія вещи, очень мало разработаннаго въ старомъ нашемъ правѣ, гдѣ вы встрѣтите вмѣсто понятія вещи понятіе имущества и въ особенности понятіе населеннаго имѣнія. То же, наконецъ, для сдѣлки, для понятія виновности гражданской (culpa)... Словомъ, у Мейера вы находите тотъ же порядокъ изложенія, тѣ же ученія, какія найдете въ любомъ руководствѣ гражданскаго права. Мейеръ говоритъ сперва о лицѣ, и вы найдете подобное ученіе о лицѣ всюду, гдѣ есть гражданское право, въ комментаріяхъ Гая, ком. 1 § 9, de condicione hominum, въ конституціяхъ Юстиніана, de jure personarum, въ Code civil, liv. 1, tit. 1, des personnes, въ Саксонскомъ кодексѣ, erster Theil, 2 Abtheil., von den Personen. Нашъ X т. начинается, однако, не съ этого и нигдѣ не даетъ положеній о

лицѣ, о правоспособномъ субъектѣ вообще. Кн. 1, разд. 1 говоритъ о союзѣ брачномъ, соотвѣтственно tit. 5 кн. I Code civil „du mariage", Саксонскій кодексъ трактуетъ объ этомъ совсѣмъ въ концѣ, въ связи съ положеніями объ опекѣ, о наслѣдованіи. Гдѣ же лицо? Вспомнимъ Карамзина. О *лицахъ* трактовать въ системѣ нашихъ правъ гражданскихъ *въ ту пору* не было резона. Русское населеніе не было связано единствомъ сознанія правоспособной личности. Ученіе о лицѣ скрыто было въ IX т., въ законахъ о состояніяхъ, которые тогда совершенно основательно вводились въ кругъ ученій государственнаго, а не гражданскаго права. Наиболѣе широкая связь, обнимавшая въ ту пору не только массу своихъ, но и кругъ инородцевъ и запредѣльныхъ славянъ, была *связь церкви*, исповѣданія, и вотъ Сперанскій началъ законы гражданскіе съ того института, который заключаетъ въ себѣ далеко, однако, не гражданское, не свѣтское только начало, но который зато обнимаетъ самый широкій кругъ людей независимо отъ ихъ классовъ и званій. За этими общими положеніями для православныхъ и для иныхъ исповѣданій, въ дальнѣйшихъ частяхъ свода нельзя было связать въ одно цѣлое даже институтовъ имущественныхъ, ибо для одного круга лицъ любопытны были законы, касающіеся имѣній населенныхъ, для другихъ вовсе не X т., а т. XI, въ особенности ч. 2, уставъ торговый, или уставъ ремесленный и фабричный.

Измѣнить этого состоянія розни интересовъ не могъ никакой ученый, такъ же какъ никакой нѣмецкій юристъ не въ состояніи былъ устранить существовавшей въ Германіи розни мѣстныхъ юридическихъ нормъ. Но въ своихъ конструкціяхъ и нашъ почтенный юристъ и его нѣмецкіе учители умѣли отыскивать и въ законѣ и въ жизни такіе *элементы общаго права*, которые одни способны связать розные интересы стараго общественнаго строя, безъ которыхъ нѣтъ гражданскаго права, невозможно и ненужно цивилистическое образованіе.

Скажемъ ли мы, что это все непрактическія задачи? Да, онѣ непрактичны въ смыслѣ узкихъ, обособленныхъ интересовъ классовъ и профессій. Но, какъ справедливо замѣтилъ Ihering въ одномъ изъ своихъ раннихъ трудовъ, въ программѣ новаго журнала (Jahrb. f. d. Dogmatik), „юриспруденція, чтобъ стать наукой практической, не должна преслѣдовать узко практическихъ цѣлей". Совсѣмъ неудобные для справокъ по разнымъ ландрехтамъ нѣмецкіе учебники общаго права и столь же мало приспособленный къ задачамъ такого же рода учебникъ Мейера освѣщали, насколько это есть дѣло мысли, путь къ образованію

началъ общаго права, къ развитію общности интересовъ въ сферѣ цивильныхъ институтовъ. Кто скажетъ, что въ условіяхъ, въ которыхъ работалъ Мейеръ, этотъ путь не былъ болѣе практическимъ для юриспруденціи, чѣмъ служеніе интересамъ низшаго свойства, розннымъ, противоположнымъ, по различію сословій, мѣстностей, исповѣданій, профессій!

Условія розни нѣмецкихъ законодательныхъ территорій нынѣ измѣнились; точно также измѣнились и основы нашего стараго общественнаго строя. Старыя кодификаціи признаются одна за другою негодными, осуждаются на сломъ тѣмъ же законодательнымъ авторитетомъ, который нѣкогда ихъ созидалъ. Работа мысли юристовъ, значеніе ихъ построеній, когда-то казавшихся слишкомъ удаленными отъ жизни, все ближе и ближе сходятся съ новыми ея требованіями, съ требованіемъ *единаго гражданскаго права для всего государства*, одинаковыхъ нормъ гражданской правоспособности для всѣхъ лицъ, рѣзкаго различенія понятій лица и вещи, которое такъ сглаживалось въ старомъ представленіи населеннаго имѣнія...

Въ этомъ смыслѣ книга Мейера составляетъ весьма полезное и въ наше время руководство для образованія русскаго цивилиста. Мы будемъ держаться, въ общемъ, того же порядка изложенія, того же метода, видоизмѣняя, конечно, старыя ученія соотвѣтственно успѣхамъ послѣдующей литературы и новому теченію законодательства.

Другое цѣнное руководство для русскихъ цивилистовъ составляетъ Курсъ гражданскаго права К. Побѣдоносцева въ 3-хъ частяхъ. Составъ руководства иной, чѣмъ у Мейера, общей части нѣтъ вовсе. Въ цѣломъ это очень обширное сочиненіе, обнимающее въ 3-хъ большихъ томахъ вотчинныя права, семейное и наслѣдственное право, договоры и обязательства. Не всѣ части этого капитальнаго сочиненія нужны сейчасъ же и не всѣ одинаково цѣнны. Наиболѣе цѣнную часть составляютъ Права вотчинныя, изд. 4-е. Побѣдоносцевъ юристъ-практикъ, принявшій на себя временно, въ началѣ шестидесятыхъ годовъ, преподаваніе гражданскаго права въ московскомъ университетѣ. Въ его курсѣ, особенно въ названной части, вы встрѣтите рѣдкое не только у насъ, но и въ Германіи, сочетаніе настоящихъ практическихъ знаній съ весьма солиднымъ юридическимъ и историческимъ образованіемъ автора. Такъ какъ практика старыхъ судовъ вращалась больше въ сферѣ правъ вотчинныхъ, по передачѣ ихъ сингулярной и универсальной, то и тѣ части курса, кои относятся къ системѣ правъ вотчинныхъ и правъ наслѣдованія, несомнѣнно выше дру-

гихъ, гдѣ рѣчь идетъ о договорахъ и обязательствахъ. Курсъ Побѣдоносцева есть, однако, тоже не комментарій къ тексту закона, а руководство систематическое.

Курсъ профессора Малышева заключаетъ въ себѣ начало предположеннаго большого труда и можетъ въ этомъ видѣ служить превосходнымъ пособіемъ для обозрѣнія литературы тѣхъ матерій, коихъ касался авторъ. По обычному праву высокую цѣну имѣютъ труды Е. И. Якушкина „Обычное право", 2 т. (О новыхъ руководствахъ на лекціяхъ). „Система" Анненкова не есть система, въ чемъ нѣтъ никакого укора автору (*система* для нашего мало обработаннаго права — дѣло трудное и преждевременное) и что не мѣшаетъ его труду быть практически полезнымъ.

Для занятій историческихъ полнѣйшимъ пособіемъ можетъ служить „Исторія россійскихъ гражданскихъ законовъ" Неволина. У него же указаны врежнія историческія и систематическія сочиненія по русск. гражд. праву. „Наука гражданск. права въ Россіи". Казань. 93 г. пр. Шершеневича — поверхностна по обработкѣ, но блистательна, какъ и его учебникъ, по изложенію. Текстъ законовъ и указаніе кассаціонной практики хорошо выполняютъ Боровиковскій, Гаугеръ. Оффиціальныя изданія X т., ч. I (см. въ настоящ. время изданіе 1900 г., куда внесены узаконенія по 30-е сент. 1900 г.) и XI т., ч. II (для другихъ частей Свода, особ. для т. IX, см. изд. 1899 г. и прилож. къ нему Перечень дѣйствующихъ изданій и продолженій Свода Зак.) даютъ обильные указатели хронологическіе и сравнительные, а также ссылки на Полн. Собр. Зак. подъ статьями, крайне цѣнныя для ихъ изученія. Важно и цѣнно, какъ пособіе, изд. Редакц. комис. по составл. Гражд. Улож. подъ заглавіемъ Сборникъ Гражд. Закон., 3 т., составили А. Гожевъ и И. Цвѣтковъ; удобно и дешево изд. Свода Зак. Россійск. Имп. *въ одной книгѣ* А. Ф. Волкова и Ю. Д. Филиппова. 1897 г., съ Законодательнымъ Бюллетенемъ, выходящимъ по полугодіямъ для текущаго законодательства. Для библіографич. справокъ изданіе той же коммиссіи подъ заглавіемъ Систематическій указатель русск. литературы по гражданскому праву. Составилъ А. Поворинскій (позднѣйшее изд.). Пособіемъ для справокъ по цивилистич. литературѣ можетъ служить Планъ лекцій по русск. гражд. пр. ч. I, Общая часть и права вещныя, ч. II, права обязательств., семейн., и наслѣдственныя (Ярославль 1896—97 гг.) Серг. Никоновъ. Существуютъ русскія повременныя изданія не спеціально цивилистическія, но важныя и для цивилиста. Приведенныя выше библіо-

графическія пособія указываютъ статьи такихъ повременныхъ изданій за прошлые годы въ достаточной степени.

Для французскаго (польскаго) права превосходно руководство Zachariae, „Handbuch des französ. Civilrechts“ перераб. Crome; переработка на французскій языкъ принадлежитъ Aubry et Rau. Изъ нов. учебниковъ удобенъ Précis de droit français Baudry Lacantinerie. Большимъ успѣхомъ пользуется только что появившійся Traité élémentaire de droit civil par Marcel Planiol (1900—1901 гг.), 3 тома, и уже потребовавшій 2-го изд. учебникъ названнаго парижскаго профессора, который расположилъ свою работу не въ порядкѣ кодекса, по его книгамъ, титуламъ и артикламъ, а въ научной системѣ, подходящей ближе къ нѣмецкой систематикѣ, какой держались до сего лишь немногіе французскіе ученые. Согласованіе порядка изложенія съ оффиціальной программой преподаванія (см. особ. т. I, изд. 2-е, стр. 685) не прибавляетъ, натурально, ровно ничего къ этой улучшенной противъ прежняго систематикѣ учебника. Существуютъ обширныя обработки Code'a разн. авторовъ (Beaudry Lacantinerie, 23 тома, Beudant 11 томовъ; не окончены), но они не предназначаются для первоначальнаго ознакомленія съ системой. Для современнаго общаго германскаго права Герберъ (Gerber, 17-е изд. K. Cosack), Безелеръ (Beseler), Roth (обширенъ хотя и не конченъ; особенно цѣненъ появившійся въ 1886 г. dritter Theil — Sachenrecht). Stobbe (оконченъ въ 1885 году, 5 том.; нынѣ начато нов. изданіе). Названія этихъ трудовъ Handbuch (Штоббе), System des deutschen Privatrechts (Герберъ) или des gemeinen deutschen Pr. Rechts. Штоббе цѣнится выше всѣхъ другихъ какъ настоящій знатокъ колоссальной массы источниковъ. Въ настоящее время самыя большія ожиданія въ этой области возбуждаетъ Otto Gierke, феноменальной учености и первоклассныхъ дарованій, изд. въ 95 г. Deutsches Priv. Recht, т. 1. Очень извѣстенъ Heusler, Institutionen d. deutsch. Pr. Rechts 1885 и 1886 гг. (Оба послѣдніе работаютъ для общаго изданія Binding'a „Systematisches Handbuch d. deutsch. Rechtswissensch.“). По Bürgerliches Gesetzbuch 18 авг. 96 г. очень цѣнны работы Endemann'a, Cosack'a, Lehrbuch d. Deutsch. bürgerl. Rechts, Carl Crome (въ 1900 г. 1-й т.). Разработка нѣмецкаго новаго кодекса имѣетъ нынѣ уже очень значительную литературу. По достоинству научной и приноровленной къ академич. цѣлямъ обработки слѣдуетъ поставить впереди всѣхъ другихъ: Das bürgerl. Recht des deutschen Reichs u. Preussens von d-r Heinrich Dernburg, выходящ. выпусками съ 99 г. и еще не конченное въ текущемъ (901) году.

Вышли 1 т. (10 листовъ), т. 2 (права обязат.) и т. 3 (права вещныя).

Для австрійскаго права J. Unger — общая часть и наслѣдственное право (5-е изд.).

Для прусскаго — Dernburg, „Lehrbuch des Preussisch. Pr. Rechts“ (5-е изд.); Дернбургъ замѣчательный знатокъ и римскаго права, одновременно издавшій свои Pandekten.

Указанія по современному римскому праву у г. профессора этой дисциплины; отмѣтимъ здѣсь новое, 8-е, издан. Виндшейда выполн. Kipp'омъ.

Для общихъ свѣдѣній по всѣмъ отраслямъ гражданскаго права и процесса очень цѣнная Encyclopädie der Rechtswissenschaft von d-r Franz von Holtzendorff. Въ настоящее время предпринятъ *русскій* Словарь юридич. и государств. наукъ подъ редакц. Волкова и Филипова. Вышелъ 2 вып. Пожелаемъ самаго широкаго распространенія этому полезному предпріятію. Указанныя выше сочин. Цахаріе, Дернбургъ и друг. открываютъ для изучающихъ систему путь ко всѣмъ матеріаламъ и источникамъ изученія той или другой системы въ особенности.

Для текущей литературы „Юридическая Библіографія“, издаваемая проф. И. Е. Андреевскимъ здѣсь (прекращена), Юридическая Лѣтопись проф. Сергѣевскаго (прекращена), Журналъ Минист. Юстиціи, Журналъ Юрид. Общ. при С.-Петербургскомъ Университетѣ, Право, Юридическая Газета.

§ 2.

Выжидательное состояніе Германіи въ предкодификаціонную эпоху.—Совпаденіе проблемъ нашей цивилистики съ нѣмецкою этой эпохи.—Кавелинъ.—Историческій методъ въ юриспруденціи. — Природа права и мысли Савиньи о кодификаціи.—Переворотъ 48 г.—Новые люди.—Программа новаго журнала.—Признаки возврѣній на право какъ на придуманный аппаратъ.—Новыя политическія вѣянія. — Появленіе трактата Der Zweck im Recht. — Право какъ Zweckapparat.—Реквизитъ принудительности.—Цѣли спасенія.—Сомнительная новизна конструкціи.—Оцѣнка подобныхъ попытокъ.—Оппортунизмъ.—Народные взгляды на право въ Германіи и у насъ.—Право и техника юридическая.

Въ томъ розномъ состояніи юридическаго быта, коего отдѣльныя черты мы дали выше для территорій по сю сторону Рейна, въ противоположность съ Франціей, лежитъ очень существенное условіе, опредѣлявшее особый характеръ литературной дѣятельности нѣмцевъ въ текущемъ столѣтіи.

Передовые люди Германіи давно уже и вполнѣ ясно сознали

необходимость *единаго права для единой націи*, для общаго отечества. Между тѣмъ, единаго права не было, его не выработала жизнь, его не дала исторія. Гдѣ же найти выходъ изъ этой розни идеальныхъ стремленій и тяжелой дѣйствительности? Всякое построеніе, которое отвѣчало бы этому національному Sehnsucht'у, находило сочувствіе въ патріотическихъ нѣмецкихъ кружкахъ и, однако, до самаго послѣдняго времени оставалось въ непримиренномъ противорѣчіи съ дѣйствительностью. Между тѣмъ, мыслящій юристъ не можетъ ни отказаться отъ этихъ стремленій, ни одною личной энергіей устранить лежащія на пути къ осуществленію этого идеала препятствія.

Франція, послѣ блестящаго литературнаго движенія прошлаго столѣтія, достигла, въ виду этихъ успѣховъ мысли, ставшихъ быстро достояніемъ всего общества, практическихъ результатовъ въ своемъ единомъ національномъ кодексѣ гражданскаго права. Эти вѣчныя проблемы мысли, объ основахъ права, о разумѣ, волѣ, личности, общественности, интересѣ, цѣли въ правѣ, далеко не находятъ нынче у французовъ такой отзывчивости, какую встрѣчаютъ въ нѣмецкомъ обществѣ. На вопросъ—что есть гражданское право и гдѣ его предѣлъ? вамъ укажутъ Code civil, какого до самаго послѣдняго времени нельзя было указать въ Германіи и до сегодня не укажутъ у насъ. Ни на Landrecht, ни на десятый томъ указать нельзя, ибо спрашивающій предложитъ дальнѣйшій вопросъ: если гражданское право есть X т., то отчего же изъ его 2300 правилъ *гражданскаго* права другой *гражданскій* кодексъ, тоже дѣйствующій въ Россіи, допускаетъ 4600 исключеній?

Въ этой разницѣ положенія, нашего и нѣмецкаго въ теченіе всего истекающаго столѣтія, съ одной стороны, и современнаго состоянія Франціи, съ другой, лежитъ кардинальное условіе очень различныхъ *направленій юридической литературы здѣсь и тамъ*. Изслѣдованія и труды юристовъ тамъ направлены преимущественно къ изученію того, что есть въ кодексѣ и что есть въ жизни. Изслѣдованія и труды у нѣмцевъ и у насъ направляются къ тому, что есть въ жизни и чего часто нѣтъ ни въ какомъ изъ многочисленныхъ кодексовъ. Возможно ли осуждать это свойство научныхъ взысканій нѣмецкихъ юристовъ, эту работу Пенелопы, начинающей все опять съизнова? Полагаемъ, нѣтъ, ибо оно не зависитъ отъ воли юристовъ и служитъ лишь выраженіемъ выжидательнаго, неудовлетвореннаго состоянія мысли. Въ 64 году скончавшійся 15 лѣтъ назадъ почтенный русскій профессоръ К. Д. Кавелинъ написалъ свою очень извѣстную брошюру „Что есть

гражданское право и гдѣ его предѣлы?". Въ этой постановкѣ вопроса и въ способѣ, коему слѣдуетъ Кавелинъ къ его разрѣшенію, съ поразительной яркостью выразилось все состояніе мысли русскаго юриста. Время, когда появилась брошюра, бросаетъ на нее особенный свѣтъ. Дѣло идетъ, очевидно, не о томъ, что *есть* гражданское право, а о томъ собственно, *какимъ ему быть надлежитъ* [1]).

Мы увидимъ позже что содержитъ въ себѣ эта брошюра, и уйдемъ далеко отъ образа мыслей автора. Но нельзя не отдать должнаго этому великому дарованію въ двухъ словахъ, въ постановкѣ вопроса выразить весь духъ времени. Это исканіе того, чего нѣтъ, что должно быть, что имѣетъ настать, и давало толчокъ умственному движенію нѣмецкой юриспруденціи и отражалось невольно на нашихъ юристахъ. Общее обозрѣніе направленій и школъ, въ которыхъ группируется нынѣшняя юридическая, преимущественно нѣмецкая, литература, вы имѣете въ курсѣ

---

[1]) Мы разумѣемъ здѣсь состояніе нѣмецкой цивилистики въ докодификаціонную эпоху. Возможно, что оно также быстро измѣнится въ XX столѣтіи, какъ измѣнилась французск. юридическ. литература послѣ Code civil. Но тѣ труды нѣмецкихъ цивилистовъ, которыми опредѣляется направленіе ихъ работъ въ истекшемъ XIX столѣтіи, не только не утрачиваютъ своей цѣны для нашей цивилистики, но несомнѣнно пріобрѣтаютъ ее въ послѣднее время и для французской юриспруденціи. Для насъ нѣмецкая литература цвѣтущей эпохи несомнѣнно имѣетъ несравненно больше цѣны, чѣмъ французская юриспруденція за то же время. Это не значитъ, что французская литература отставала въ постановкѣ и разрѣшеніи *общихъ соціальныхъ проблемъ* отъ нѣмецкой. Наоборотъ, въ этихъ задачахъ Франція и въ XIX в. шла впереди Германіи. Но разница въ томъ, что у французовъ разработка этихъ проблемъ была мало связана *съ текущими задачами ихъ цивилистики*. У французовъ легко различить два теченія, долгое время мало прикасавшихся одно другого. Ихъ Code civil представлялъ собою настолько завершенное общенаціональное зданіе ихъ цивильнаго быта, что одна эта законченность гарантировала ихъ Code'у свойства неприступности и непоколебимости его устоевъ. Надъ общими соціальными проблемами и надъ общими вопросами права у нихъ работали преимущественно нецивилисты. Движеніе шло рядомъ съ цивилистикой, но не захватывало ее. Сочиненіе Henry Michel L'idée de l'état (1896 г.) даетъ обозрѣніе литературы этой эпохи столкновенія индивидуализма и соціализма. Главныя теченія нѣмецкой цивилистической (историческая школа) литературы отражались во Франціи слабо (Lerminier, Michelet), болѣе замѣтно въ Бельгіи (Laurent, v. Bemmelen). Также мало на французскую юриспруденцію вліяло противоположеніе школы универсальной (римское право) и національной (право германское), за которымъ у нѣмецкихъ цивилистовъ скрывалось противоположеніе индивидуализма, эгоизма (принципъ права римскаго), и альтруизма, соціализма (германскій принципъ, по идеямъ писателей національнаго лагеря). Позднѣйшія теченія нѣмецкой цивилистики обнаруживаютъ, какъ и во Франціи, склонность видѣть въ государственномъ вмѣшательствѣ средство спасенія общества отъ крайности индивидуализма. Съ этихъ поръ и во Франціи возрастаетъ замѣтно интересъ къ изученію нѣмецкой цивилистики и новаго имперскаго кодекса въ особенности. Для нашей предкодификаціонной, выжидательной эпохи, натурально, ничто не можетъ быть болѣе цѣннымъ, какъ именно это нѣмецкое движеніе въ юриспруденціи, предшествующее кодификаціи. Мы на немъ и останавливаемся съ особымъ вниманіемъ въ курсѣ.

энциклопедіи права. Изъ недавнихъ работъ историко-литературнаго характера вышедшіе покуда томы (всего предположено 6) сочиненія профессора Бирлинга (Bierling) „Zur Revision der juristischen Grundbegriffe“ помогутъ вамъ въ подробности ознакомиться съ современнымъ состояніемъ контроверзныхъ ученій. Простое обозрѣніе контроверзныхъ пунктовъ по вопросу „Was ist das Recht?“ и по цѣлому ряду Grund-и End-fragen, гдѣ цѣль? гдѣ основа? гдѣ сущность права? которые занимаютъ нѣмцевъ, вы найдете въ небольшой брошюрѣ Оттона Гирке (O Gierke), (Naturrecht und deutsches Recht, 1883, стр, 3—7). Гирке не думаетъ самъ пускаться въ критику этихъ абстракцій и ограничиваетъ свою задачу опредѣленіемъ характера права германскаго, онъ хочетъ сказать: Was ist das deutsche Recht?

Въ задачахъ такого рода, однако, нельзя совершенно уйти отъ вопросовъ *методологическаго свойства*, и въ виду несомнѣнныхъ вліяній нѣмецкихъ ученій на нашу юриспруденцію, далеко не будетъ излишнимъ, хотя бы въ самомъ короткомъ очеркѣ, опредѣлить здѣсь наше отношеніе къ видивѣйшимъ направленіямъ мыслей въ кругахъ нѣмецкихъ цивилистовъ. Вы встрѣтите имена и мысли вамъ знакомыя изъ другихъ дисциплинъ, и я постараюсь здѣсь лишь приблизить эти знакомыя вамъ изъ общихъ философскихъ очерковъ ученія къ задачамъ и цѣлямъ нашей дисциплины. Это тѣмъ удобнѣе сдѣлать, что оба писателя, о коихъ мы будемъ бесѣдовать, суть именитѣйшіе цивилисты, съ трудами которыхъ, не по общимъ только вопросамъ, вы будете постоянно встрѣчаться въ цѣломъ рядѣ ученій гражданскаго права. Философствующая братія, никогда не испытывавшая своихъ силъ ни на одной изъ трудностей цивилистики, не представляетъ для насъ здѣсь первостепеннаго интереса.

Составивъ себѣ европейское имя классической работой по одному изъ очень трудныхъ ученій гражданскаго права (Владѣніе, о чемъ позже, въ курсѣ), Савиньи въ 1814 г. выступилъ навстрѣчу идеямъ Тибо о необходимости единаго цивильнаго кодекса для Германіи съ своей знаменитой брюнюрой: Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (послѣдн. изд. 93 г.), и какъ въ этой брошюрѣ, такъ и въ рядѣ журнальныхъ статей, въ дальнѣйшихъ своихъ трудахъ по исторіи и системѣ права, установилъ свое воззрѣніе *на природу права, на задачи юриспруденціи*, на призваніе своего времени къ правовѣдѣнію и законодательству. Съ именемъ Савиньи соединяется съ тѣхъ поръ представленіе объ историческомъ направленіи правовѣдѣнія. Это не значитъ, натурально, чтобъ Савиньи былъ родо-

начальникомъ историческаго метода въ изученіи соціальныхъ явленій вообще и права въ особенности. Генезисъ этого метода и отношеніе Савиньи къ ближайшимъ предшественникамъ можетъ составить очень любопытную страницу въ исторіографіи новаго времени [1]); но для насъ здѣсь не можетъ быть сомнѣнія, что ничье вліяніе на изученіе права, въ особенности гражданскаго, въ нашъ вѣкъ не было до такой степени продолжительнымъ, обширнымъ и рѣшающимъ, какъ именно вліяніе этого писателя.

Мы приведемъ здѣсь близко къ подлиннику ту page mémorable, qui contient sa confession de foi scientifique [2]), гдѣ Савиньи въ сжатой и точной формѣ даетъ понять что онъ разумѣетъ подъ исторіей и историческихъ методомъ въ правѣ.

Рѣчь идетъ объ изданіи журнала. Это программа журнала [3]).

Онъ издаетъ журналъ, чтобы нѣмецкіе юристы постигли, наконецъ, къ какой каждый изъ нихъ принадлежитъ партіи, что̀ чаще всего для нихъ самихъ остается скрытымъ... И такъ, есть двѣ школы, и одна изъ нихъ достаточно опредѣленно обозначается наименованіемъ *исторической*. Другую Савиньи затрудняется назвать опредѣленнымъ именемъ, потому что тамъ сходятся и послѣдователи такъ называемаго естественнаго права и просто люди здраваго смысла и, наконецъ, философы. За отсутствіемъ единаго положительнаго признака Савиньи именуетъ такую школу *неисторической*. Ей даетъ единство только противоположеніе съ первою. Этого противоположенія школъ нельзя, впрочемъ, основательно разобрать пока рѣчь идетъ исключительно о научныхъ вопросахъ, такъ какъ оно имѣетъ скорѣе общій характеръ и обнаруживается больше или меньше во всѣхъ людскихъ дѣлахъ, а въ особенности въ дѣлѣ устройства и управленія государствъ.

Вопросъ, однако, общій есть такого рода: въ какомъ отно-

---

[1]) См. Römische Geschichte Schwegler т. I, Zweites Buch.; также Cursus d. Institutionen von G. F. Puchta (есть русск. перев. г. Лицкаго) § 36, особ. примѣч. h и указан. здѣсь Savigny Erinnerungen an Niebuhrs Wesen u. Wirken. Въ ноябрѣ 1888 года появилось въ Archiv f. bürger. Recht, Kohler'a u. Ring'a, Bd. 1, Heft. 1, составл. продолженіе Busch's Archiv'a (Bd. 49, H. 1), обширная журнальная статья Schwarz'a Die Geschichte der priv. rechtl. Kodifikationsbestreb. in Deutsch. u. d. Entstehungsgesch. d. Entwurfs. Здѣсь читатель найдетъ многія любопытныя подробности по исторіи борьбы объединителей права и сепаратистовъ и очеркъ встрѣчныхъ мнѣній писателей разныхъ партій, задолго предшествовавшихъ полемикѣ Тибо и Савиньи (стр. 38 и слѣд.).

[2]) Такъ называетъ это мѣсто очень почтенный бельгійскій ученый Rivier въ своемъ весьма цѣнномъ и для русскихъ ученыхъ трудѣ Introduction historique au droit romain. Bruxelles. 1881 г. Leçon d'ouverture, p. 14.

[3]) Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, т. I, стр. 3; см еще въ его-же Gesch.d. röm R. im Mittellat. т. VI, Schlussbetracht. стр. 408, 409.

шеніи находится прошлое къ настоящему, возникающее къ сущему (das Werden zum Sein?), и на этотъ счетъ одни учатъ, что каждая эпоха сама создаетъ себѣ свое бытіе, свой міръ, удачно или нѣтъ, по мѣрѣ силъ своихъ и своего разумѣнія. Въ этихъ заботахъ можетъ оказаться неизлишнею и оглядка въ прошлое, ибо оттуда возможно извлечь поученіе о томъ, какъ дѣла обстояли у предковъ. Исторія станетъ такимъ образомъ сборникомъ морально-политическихъ примѣровъ. Но такія оглядки въ прошлое составляютъ лишь одно изъ вспомогательныхъ средствъ, и для генія, напр., онѣ вовсѣ и не обязательны.

По ученію другихъ, наоборотъ, нѣтъ вовсе одинокаго и обособленнаго существованія, и все то, что могло быть разсматриваемо какъ единственное, съ другой точки зрѣнія является частью нѣкотораго высшаго цѣлаго. Такимъ образомъ, намъ надлежитъ мыслить отдѣльнаго человѣка необходимо какъ члена семьи, народа, государства; всякую эпоху въ жизни народа какъ продолженіе и развитіе предшествующихъ эпохъ. Иной взглядъ— односторонность, ошибка, ошибка вредная... Разъ это такъ, тогда всякая эпоха не приноситъ съ собою, произвольно и для себя, весь свой міръ... Тогда новое время должно признать нѣчто данное; это будетъ *нѣчто необходимое, ибо оно не зависитъ отъ настоящаго, и нѣчто свободное, ибо оно не исходитъ отъ произвола другого* (какъ приказъ господина его рабу). Его источникъ лежитъ въ высшей природѣ народа, какъ постоянно образующагося, постоянно развивающагося цѣлаго.

Мы имѣемъ такимъ образомъ въ исторіи права *процессъ развитія индивидуума, поставленный въ тѣснѣйшую связь съ процессомъ развитія народа* [1]).

Этотъ процессъ историческаго развитія, эти явленія эволюціи обнимаютъ собою все право, и только правильное разумѣніе ихъ способно избавить людей отъ ошибокъ, въ которыя они такъ склонны впадать, почитая свои идеи за чисто разумныя потому только, что они не знаютъ ихъ происхожденія [2]).

Переходя отъ этихъ общихъ научныхъ построеній къ бли-

---

[1]) Эти и дальнѣйшія мысли дали поводъ профессору Merkel'ю сопоставить воззрѣнія Савиньи съ ученіями Дарвина. Zeitschrift für das Privat. u. Oeffentl. Recht... Grünhut'a B. 3 и 4. Прилежный Цителъманъ (въ сочин. Irrthum u. Rechtsgeschäft, стр. 226) отыскалъ и то, чего недоставало для этого сравненія Merkel'ю. Авг. Тонъ, въ томъ же австрійскомъ журналѣ Grünhut'a, говоритъ въ этомъ духѣ: Die Fähigkeit, das Recht zu erzeugen, darf den arterhaltenden Eigenschaften des heutigen Menschengeschlechtes zugezählt werden. Англичанинъ Pollock называетъ Savigny дарвинистомъ предшествующимъ Дарвину (см. указ. сочин. H. Michel, стр. 152 пр. 1).

[2]) Beruf. стр. 10, 11, 115. Zeitschr. f. gesch. R. Wissensch., т. I, стр. 2, 396.

жайшимъ интересамъ дня, которые вызвали эти размышленія, Савинья выражаетъ свое сомнѣніе, чтобы нѣмецкіе юристы того времени способны были, могли бы создать общегерманское гражданское уложеніе. Когда нѣтъ, — говоритъ Савинья, — на лицо хорошей книжки, хорошей работы по этой матеріи, — тогда что-жъ будетъ собою представлять предположенный кодексъ? Законодателю придется освятить своимъ авторитетомъ фальшивыя мнѣнія и очевидныя ошибки юристовъ. Дальше временъ Теодориха остготскаго мы уйдемъ развѣ въ томъ только смыслѣ, что тогда не было юристовъ-писателей, а теперь ихъ очень много. Единственный результатъ, котораго легко достигнуть, будетъ заключаться въ томъ, что мы разобщимъ наше право съ его прошлымъ, обратимъ его такимъ образомъ въ мертвую букву.

Мысль Савиньи успокоивается не на этихъ планахъ. Его идеалы не тутъ... Онъ смѣло указываетъ юристамъ эпоху свободнаго творчества права въ жизни римскаго государства, въ эдиктѣ претора, въ классической юриспруденціи. Этотъ духъ римскаго творчества долженъ ожить въ насъ и привести насъ къ тому, чтобы мы сами стали способны созидать наше право, и продлить такимъ образомъ прерванную судьбами работу ихъ мысли. Что эта, такъ поставленная, задача есть практически выполнимая, въ этомъ Савинья выражаетъ свое горячее убѣжденіе. Эти убѣжденія и эти свѣтлыя надежды покоются главнѣйшимъ образомъ на германскихъ университетахъ [1]).

Только когда знаменитый мыслитель выступилъ на эту почву практики, въ эту сферу интересовъ, близко касающихся жизни, ему пришлось выдержать борьбу, отъ тяжелаго впечатлѣнія которой онъ долго послѣ не могъ отдѣлаться. Это любопытный эпизодъ. Противникомъ Савиньи на этой практической почвѣ явился нѣкто Гёнеръ, бывшій профессоръ, очевидно принадлежавшій

---

[1]) Beruf, стр. 19, 24, 31, 49, 51, 120, 121. Мы будемъ имѣть позже (въ обзорѣ западныхъ кодификацій и въ нѣсколькихъ мѣстахъ курса) случай увидѣть, въ какомъ отношеніи эти идеи находились тогда къ воззрѣніямъ, господствовавшимъ въ обществѣ и правительствѣ. Вліяніе ученій Савиньи на школу было и остается до сихъ поръ самымъ рѣшительнымъ. Профессоръ Шрадеръ, очень скоро послѣ брошюры Савиньи, напечаталъ любопытное сочиненіе: „Die prätorischen Edikte der Römer auf unsere Verhältnisse übertragen. Ученикъ Савиньи Рудорфъ всю жизнь не переставалъ работать надъ преторскимъ эдиктомъ и, какъ извѣстно изъ курсовъ римскаго права, этотъ предметъ и теперь составляетъ излюбленную тему историко-юридическихъ изысканій. Schwarz въ указанной сейчасъ статьѣ далеко не даетъ оцѣнки ученію Савиньи, и насколько оно не отвѣчало Sehnsucht'у нѣмцевъ того времени, даже осуждаетъ его какъ непрактическое (стр. 56 и 122); цѣль работы не въ научной оцѣнкѣ методовъ изученія права. Планъ Schrader'a и оцѣнка его со стороны Savigny приведены коротко у Schwarz'a на стр. 72 и слѣд.

къ кругу лицъ *неисторической* школы. Задача Гёнера — обличить Савиньи въ опасныхъ замыслахъ. Мысли Гёнера могутъ быть выражены такъ (мы не остановились бы на нихъ, если бы Савиньи, въ связи съ этой полемикой, не досказалъ своей программы еще опредѣленнѣе и еще ближе къ практикѣ). Историческій методъ въ правѣ, думаетъ онъ, даетъ нѣчто совершенно отрѣшенное отъ вѣчныхъ началъ разума и высшихъ областей знанія. Образцы такого права новые юристы думаютъ отыскивать въ Римѣ, гдѣ право находилось въ процессѣ образованія. Ихъ цѣль въ томъ, чтобы вырвать законодательную власть изъ рукъ правителей и передать ее въ руки народа и юристовъ [1]). Право, попавшее въ такія руки, походитъ на садъ, гдѣ отъ сорныхъ травъ глохнетъ зародышъ добраго посѣва. Гёнеръ не упускаетъ натурально вызвать на Савиньи негодованіе тевтонскаго чувства оскорбленной гордости за неуваженіе къ роднымъ авторитетамъ и за преданность латинскимъ идеаламъ [2]). Въ заключеніе Гёнеръ требуетъ измѣненія дѣйствующаго права чрезъ введеніе новаго единаго кодекса, при чемъ учебный планъ университетовъ долженъ быть направленъ на изученіе *отечественныхъ законовъ*.

Вотъ эти встрѣчныя мнѣнія и дали поводъ Савиньи досказать свою мысль по вопросу о природѣ гражданскаго права. „Да, — говоритъ онъ, — я утверждалъ, что *гражданское право въ самой большей части* своего содержанія образуется и *развивается народомъ и юристами*, и что дѣйствительное *вліяніе на него законодателя менѣе значительно*, чѣмъ это принято думать [3]). Кто будетъ такимъ органомъ законодательства — это совершенно безразлично. Простое сравненіе можетъ уяснить дѣло. Курсъ денегъ опредѣляется мнѣніемъ народа, который здѣсь, въ торговлѣ, представляется торговымъ классомъ, также какъ въ

[1]) Какія опасенія были у Гёнера — это здѣсь не представляетъ для насъ никакого интереса. Въ нѣмецкой юридической литературѣ, независимо отъ ея научныхъ задачъ, постоянно встрѣчаются совершенно локальнаго характера политическіе интересы, которые связаны съ территоріальнымъ разновластіемъ въ странѣ. Все это для насъ очень мало поучительно. Здѣсь мы видимъ Гёнера обличающимъ Савиньи. Такимъ же обличеніямъ подвергался и Эйхгорнъ со стороны нѣкоего Schmalz'a, постоянно безпокоившаго славнаго германиста за то, что Эйхгорнъ принадлежалъ къ кругу патріотовъ и бился на ряду съ другими за свободу родины, по одному нѣмецкому патріотическому побужденію, а не по чувству долга пруссака и только. Нерѣдко, впрочемъ, такія, со стороны, малосущественныя обстоятельства до крайности обостряютъ спорные пункты и даютъ непріятный, раздраженный характеръ борьбѣ мнѣній. Кто такое Gönner — видно у Schwarz'a, стр. 80 и слѣд.

[2]) Журналъ историческаго правовѣдѣнія издавался Савиньи вмѣстѣ съ Эйхгорномъ, и никому конечно, кромѣ развѣ Гримма, нѣмецкая юриспруденція не обязана такими заслугами, какъ именно Эйхгорну.

[3]) Zeitschr., I, стр. 363.

правѣ—юристами, такъ что мнѣніе торговыхъ людей опредѣляетъ собою курсъ. Пускай же нашъ авторъ (Гёнеръ) увѣритъ кого-либо, что это со стороны торговыхъ людей составляетъ присвоеніе власти. Къ чему поведетъ такой взглядъ въ области финансовъ — это тотчасъ станетъ ясно [1]). Къ сожалѣнію, такого рода опытъ гораздо труднѣе устроить въ области гражданскаго права.

Я говорилъ, однако,—продолжаетъ Савиньи,— о внутренней образующей право силѣ, а вовсе не о внѣшнемъ строеніи государствъ.

Это ученіе *объ органической природѣ права*, о внутренней образующей его силѣ, любимыя сравненія процессовъ образованія права съ народной рѣчью, раскрытіе подлинныхъ формъ народнаго творчества въ правѣ обычномъ, — все это весьма извѣстные пріемы и результаты историческаго воззрѣнія на право.

Они, однако, не приводили, конечно, совершенно независимо отъ воли людей къ желанному результату, къ раскрытію у насъ такихъ же органовъ образованія общихъ юридическихъ институтовъ, какимъ былъ эдиктъ претора въ Римѣ. Практическія заботы оставляли желать многаго. Творчество нѣмецкихъ юристовъ далеко не такъ скоро, какъ того хотѣли бы руководящіе романисты, давало плоды, въ коихъ можно было узнать результаты новаго направленія юридическихъ штудій и оживившую въ новыхъ условіяхъ работу римскаго юридическаго генія. Школу историческую упрекали въ квіетизмѣ, въ равнодушіи къ практическимъ задачамъ юриспруденціи. Въ концѣ 40-хъ годовъ эти укоры приняли очень острый характеръ, особенно послѣ того, какъ министерская дѣятельность Савиньи не принесла требуемыхъ результатовъ. Наукѣ вмѣнено было то, что не зависѣло вовсе отъ ея дѣятельности. Журналъ историческаго правовѣдѣнія пересталъ издаваться.

Быть можетъ, Германія ждала событій, а не новыхъ движеній мысли только? Событія, однако, разрѣшавшія задачу національнаго объединенія, пришли много позже, а на смѣну прежнихъ учителей поспѣшили стать новые люди съ другими программами ученой и академической дѣятельности [2]).

Если старую школу упрекали въ квіетизмѣ, то для новой дѣятельности проф. Эмиль Кунце справедливо придумалъ харак-

---

[1]) Тамъ же, стр. 384.

[2]) Подробности литературнаго движенія послѣ полемики Савиньи и Тибо см. у Schwarz'a, гдѣ разсмотр. мнѣнія Runde, Christ'a, Falck'a, Kierulff'a, Stahl'я, Beseler'a, Wächter'a, Puchta, Bruns'a, Geib'a, Unger'a и друг.

теристику другого рода. Это — Sturm-und Drang-Periode in der Jurisprudenz, періодъ „бури и натиска", а вѣстникъ этой школы, Рудольфъ Іерингъ, это буревѣстникъ, Sturmvogel...

Для насъ не столько важны перипетіи этого движенія умовъ въ Германіи, сколько результаты, къ коимъ приходятъ писатели новаго направленія въ ученіи о природѣ права.

Уже въ томъ сочиненіи, которое дало Іерингу право на самую обширную извѣстность (Geist d. römisch. Rechts auf d. verschied. Stufen seiner Entwickelung), виденъ иной пріемъ изысканій этого писателя и иная цѣль ихъ, чѣмъ у представителей старой школы. Іерингъ подвергаетъ суровому допросу (peinliche Frage) явленія римской исторіи права. Онъ не хочетъ знать *скрытыхъ органическихъ процессовъ* праворазвитія. Ему нужны явные его факторы. Онъ не очень довѣряетъ существованію такихъ эпохъ въ правѣ, когда юридическія понятія выдѣлялись сами собой, какъ готовые результаты *непосредственнаго* народнаго сознанія. Передъ нами проходятъ картины личной дѣятельной воли, военнаго строя, договорныхъ формъ, сознательной, разсчитанной дѣятельности людей (persönliche Thatkraft), какъ главныхъ факторовъ развитія права. Не въ формѣ обычая, а въ начертанномъ законѣ находитъ себѣ право свое подлинное выраженіе [1]). Любимое сравненіе для историческихъ (у. I—специфическихъ) процессовъ праворазвитія даютъ явленія *изъ міра механическаго*, а не органическаго, какъ у историковъ прежняго времени. Право сопоставляется не съ языкомъ народа, а съ азбукой. Процессъ римскій — это Scheidemaschine, это хорошо придуманный аппаратъ, которымъ искусственно расчленяются моменты цѣлаго жизненнаго спорнаго юридическаго отношенія. Все движеніе спора подобно движенію часового механизма.

Множество счастливыхъ сравненій, необычайно живая рѣчь, поразительная смѣлость обобщеній держатъ читателя подъ нѣкоторымъ обаяніемъ силы и побуждаютъ мыслить за одно съ нимъ, какъ будто въ мірѣ новыхъ понятій, дающихъ совсѣмъ иное освѣщеніе явленіямъ, давно знакомымъ и до тѣхъ поръ недостаточно освѣщеннымъ. По отношенію ко многимъ вопросамъ, какъ увидимъ, это впечатлѣніе не случайное и не преходящее.

Оставшееся одно время не занятымъ мѣсто прекратившагося „Журнала историческаго правовѣдѣнія" люди новаго времени

---

[1]) Читатель Geist'a безъ труда найдетъ блестящія страницы, гдѣ видно, въ какой мѣрѣ авторъ считаетъ недостаточнымъ одинъ легальный матеріалъ для возсозданія картины юридич. быта эпохи, и тѣ же сравненія живого права съ живой рѣчью какъ у Савиньи.

спѣшатъ занять новымъ изданіемъ, которое по имени (Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römisch. u. deutsch. Privatrechts, съ 56 г.) и въ особенности по своей программѣ (переведена г. Гусаковымъ въ „Юридическомъ Вѣстникѣ", издаваемомъ въ Москвѣ) становится въ рѣзкое противоположеніе съ программой прекратившагося журнала. Въ этой блестящей программѣ Іерингъ выдерживаетъ читателя все время въ высшихъ сферахъ юридическаго творчества, для котораго требуется особенное чутье, исключительный талантъ, и которое вознаграждаетъ дѣятеля наслажденіями эстетическаго свойства. Это тѣ области права, которыя какъ будто назначаются для самихъ же юристовъ. Своего рода виртуозность, находящая сама въ себѣ цѣль. Исторію, говоритъ Іерингъ, могутъ обрабатывать и филологи. Настоящій юристъ, хотя бы его историко-юридическое снаряженіе (Ausrüstung) было совершенно недостаточно, поймет въ общемъ несравненно лучше римское право, чѣмъ историкъ права, у котораго отсутствуетъ das juristische Organ. Все это очень можетъ быть, но дѣло здѣсь идетъ явно не о томъ правѣ, которое одинаково хорошо поймет и не-филологъ и не-юристъ, а именно о виртуозности въ юриспруденціи. Послѣ этой программы мы имѣли рядъ работъ Іеринга, съ разсчитанными заглавіями: „Reflexwirkungen", „Passive Wirkungen des Rechts", мы имѣли неоконченную и возбудившую большія ожиданія „Allgemeine Theorie des Rechts", нѣсколько очень цѣнныхъ изысканій для догматическихъ конструкцій [1]), мы имѣли, наконецъ, брошюру „Борьба за право" (Der Kampf um's Recht), но ничего досказаннаго, никакого довершеннаго дѣла, которое могло бы стать на пути прежняго направленія мыслей и изслѣдованій историко-юридической школы. Никогда не прекращавшаяся работа изысканій историческаго характера возобновилась (въ началѣ 60-хъ годовъ) съ большой энергіей въ новыхъ журналахъ.

Въ цѣломъ планѣ дѣйствій новыхъ людей произошла какая-то задержка. До поры какъ будто не хотѣли выдать всего замысла. Послѣ военныхъ успѣховъ Германіи и рѣшеннаго вопроса объ имперской компетенціи для обще-нѣмецкаго гражданскаго уложенія эта пора, повидимому, наступила. Таить было больше нечего, и основы новаго ученія о правѣ заложены были въ большомъ парадномъ томѣ, озаглавленномъ „Der Zweck im Recht". По назначенію своему это совершенно также знакъ времени,

---

[1]) Въ дальнѣйшемъ догматическомъ изложеніи мы не обойдемъ ни одной безъ вниманія. Теперь всѣ переиздаются въ Gesammelte Aufsätze, 3 т.

какъ и та программа исторической школы, которую мы выше описали. Но это знакъ совершенно другой эпохи, иного настроенія, когда нѣтъ досуга разбирать научныя проблемы, когда надо спѣшить дѣйствовать и достигать результатовъ, пока налицо всѣ условія успѣха. Это настоящая Sturm-u. Drang-Periode in der Jurisprudenz.

Еслибы мы не имѣли даты на этомъ волюмѣ, мы могли бы ее опредѣлить методомъ внутренней хронологіи, о коей пишетъ Jhering въ своемъ Geist'ѣ. Волюмъ появился послѣ военныхъ успѣховъ Пруссіи, въ разгаръ Culturkampf'a, немного позже достигнутаго соглашенія объ имперской компетенціи гражданскаго уложенія (74 г.), въ 77 году, и несомнѣнно будетъ утрачивать все свое значеніе вмѣстѣ съ измѣненіемъ случайныхъ условій, потребовавшихъ его появленія.

Вотъ основы новаго ученія о природѣ права. Субстратомъ для конструкціи понятія права служитъ не народное сознаніе, не наличность исторически сложившихся союзовъ, а *абстрактное понятіе общества*, которое представляетъ собою ничѣмъ внутренне не связанное множество людей, среди коихъ начало свободы, очевидно имѣющей вовсе иной смыслъ, чѣмъ у представителей исторической мысли (см. выше, стр. 18 и 19), угрожаетъ опасностью цѣлому. Все, чѣмъ мотивируется право въ исторіи, вся связь его съ жизнью народа, съ національнымъ юридическимъ сознаніемъ уходитъ на послѣдній планъ. Законъ причинности существуетъ только для внѣшней природы. Для дѣйствій человѣка, для права, есть другой законъ, законъ цѣли, causa finalis. Здѣсь все разсчетъ, и кто дальше умѣетъ разсчитывать, за тѣмъ — право. Право будетъ, такимъ образомъ, діалектикой цѣли. Zweckapparat'ы, лучше организованные, торжествуютъ надъ таковыми же, хуже организованными. Наилучшій аппаратъ такого рода есть государство. Оно одно имѣетъ власть наказывать [1]). И такъ, государство есть внѣшній принудительный аппаратъ [2]). Право есть система обезпеченныхъ принужденіемъ соціальныхъ цѣлей [3]). Короче, право есть политика силы (Politik der Gewalt.) [4]). Государство — это обладатель упорядоченнаго и дисциплинированнаго принужденія. Право есть дисциплина принужденія. Въ государствѣ лежитъ единственный источ-

[1]) Въ сочиненіи Das Schuldmoment im röm. Pr. recht, 67 г., *идея наказанія* изображена какъ постепенно вымирающая въ исторіи права.
[2]) Zweck, 242.
[3]) Тамъ же, 255.
[4]) Стр. 367 въ старомъ, 378 въ нов. изданіи, гдѣ подчеркнуто — die *wohlverstandene* Politik...

никъ права, ибо оно одно имѣетъ монополію принужденія. Все автономное въ государствѣ отъ него одного выводитъ свою силу; вмѣстѣ съ этимъ ясно, что простой актъ отнятія автономіи уничтожаетъ ее въ самой основѣ [1]). Законъ есть непремѣнное оружіе интеллигенціи въ борьбѣ съ глупостью, это соглашеніе предусмотрительныхъ и дальнозоркихъ противъ близорукихъ. Разумѣніе цѣли доступно только предусмотрительнымъ, и I. очень жалѣетъ, что не можетъ убѣдить въ истинѣ своихъ ученій простыхъ людей, ибо для этого надо мыслить по-философски и выражаться по-мужицки [2]). Мысль Ihering'a плѣнена идеей универсальнаго властительства. Весь процессъ исторіи сводится къ поглощенію политическихъ тѣлъ octav-volum'a volum'ами in folio. Въ то же время онъ вспоминаетъ законы противъ безбрачныхъ и бездѣтныхъ, которые угрожали римскому обществу временъ упадка свободы, и принудительные эдикты Людовика XIV для поселенцевъ Канады въ интересахъ заселенія пустой страны. Ему ненужны ни судьи-граждане (онъ противъ суда присяжныхъ), ни граждане-воины. Все право есть механизмъ закона, а самъ законъ—орудіе достиженія цѣлей.

Есть писатели, которые думали иначе о свободѣ, о правѣ. Но кто же это? Это Фихте, котораго Ihering находитъ непрактичнымъ до шутовства, это Гумбольдтъ, мечтавшій о воинахъ-гражданахъ, когда ему небыло и 30-ти лѣтъ. Наконецъ, Милль! Онъ имѣлъ много больше 30 лѣтъ когда публиковалъ трактатъ

---

[1]) Womit von selbst gesagt ist, dass es (автономія) durch Zurücknahme seinerseits (т.-е. со стороны государства) von selbst erlischt... Dies gilt auch von der christlichen Kirche, стр. 319. Здѣсь указаніе по 1-му изд. Соотвѣтственно стр. 319-той во 2-мъ изд. будетъ стр. 321 Ihering назвалъ 2-е изданіе переработаннымъ ((umgearbeitet). Переработка во всякомъ случаѣ незначительная, и было бы жаль, еслибы отъ такихъ переработокъ очень измѣнился первоначальный текстъ, ибо онъ хорошъ, какъ знакъ времени, именно въ этомъ цѣльномъ видѣ, безъ передѣлокъ и закругленій грубыхъ линій первоначальной, подлинной работы. Въ 3-мъ изданіи, вѣроятно, исчезнетъ или будетъ смягченъ выписанный текстъ, ибо культуркампфъ законченъ. И это будетъ опять жаль.

[2]) Образцы послѣдняго можно найти у этого писателя во II т. Zweck'a (о коемъ мы не говоримъ здѣсь, ибо это собственно Cap. IX, das Sittliche, 716 стр., кажется еще не вполнѣ исчерпан.; см. рефератъ г. Гусакова въ Юрид. Вѣсти.) и особенно въ Scherz u. Ernst, гдѣ раздраженіе, даже задоръ писателя, конечно, мало способствуютъ уясненію дѣла. Въ II т. Zweck'a на вопросъ, обращенный I—гу, очевидно, однимъ изъ его Fachgenossen, что-жъ собственно онъ разумѣетъ подъ обществомъ?—Іерингъ отвѣчаетъ „Schuster, bleib bei deinem Leisten“ (стр. 193). Между тѣмъ вопросъ совершенно умѣстенъ, и I—гу оставалось бы отвѣтить, или, что подъ обществомъ и общеніемъ онъ разумѣетъ ихъ историческія формы (тотъ самый Volk, Volksgeist, Volksüberzeugung, надъ коими онъ тутъ же потѣшается), но тогда не было бы вовсе нужно Ihering'овскаго Zwangsanstalt'a вмѣсто права, ибо въ этомъ обществѣ нѣтъ стихійныхъ силъ разрушенія, или Ihering долженъ бы сказать, что *его* „общество“ есть общество больное, собраніе умалишенныхъ, дѣтей, непокорныхъ солдатъ, чтобъ оправдать необходимость Zwangsjacke вмѣсто права... Вмѣсто отвѣта слышится одно раздраженіе...

о свободѣ, и однако, Милль, съ этимъ ученіемъ, въ результатѣ собственно только отстаиваетъ безнаказанное отравленіе китайцевъ опіумомъ, которое даетъ выгоду его соотечественникамъ [1]). Ihering знаетъ иные порядки, иныхъ воиновъ, другую основу для права и нравственности. Въ ней нѣтъ никакихъ элементовъ свободы, нѣтъ никакого начала, лежащаго въ самомъ человѣкѣ. Она вся есть Zwang, извнѣ приходящее, насильственное побужденіе; зато она приводитъ къ заманчивой цѣли, къ торжеству государства in-folio-volum'a надъ государствами octav-volum'a; она практична! Иллюстрацій этой новой морали легко найти во множествѣ въ обоихъ обширныхъ трактатахъ, въ т. 1 и во 2-мъ Zweck'a.

Достоинство и историческій характеръ старой морали, временъ войны за освобожденіе (Befreiungskrieg), когда писали Гумбольдтъ, Фихте, Савиньи, легко опредѣлить простымъ сравненіемъ осмѣяннаго здѣсь идеала гражданина-воина съ новымъ типомъ солдата, которымъ любуется Ihering [2]). Съ такими идеалами, быть можетъ, легко поработить весь міръ (неизвѣстно лишь, кто призванъ это совершить!), не прибавивъ ни одной страницы въ старую исторію права, и съ такой юриспруденціей наше время уйдетъ впередъ отъ временъ Теодориха остготскаго [3]), въ самомъ дѣлѣ, развѣ только въ томъ, что тамъ не было юристовъ-писателей, а у насъ ихъ очень много [4]).

Мы дали возможно кратко [5]) характеристическія для новаго ученія черты, оставляя въ сторонѣ все, что менѣе характерно для этого направленія. Натурально, и въ этихъ книгахъ, поразительныхъ по отсутствію всякой внутренней спокойной гармоніи мысли, найдутся страницы, гдѣ вы узнаете высокаго мастера старой школы. Такихъ страницъ много. Онѣ ненамѣренно вырываются изъ-подъ пера историка; но исторія мало

[1]) Тамъ же, стр. 528, 536, 555.

[2]) У Гумбольта: Государство даетъ такое направленіе военному воспитанію, das nicht bloss die Tapferkeit, Fertigkeit u. Subordination eines Soldaten beibringe, sondern den Geist wahrer Krieger oder vielmehr edler Bürger einhauche, welche für ihr Vaterland zu fechten immer bereit sind. У Ihering'a: der Soldat muss wissen, dass ihm, wenn er den Kugeln des Feindes entrinnen will, der Degen seines Officiers droht—incidit in scylam qui vult vitare charybdim... Der Respect vor dem Degen seines Vorgesetzten muss dem Soldat zum Evangelium werden... Настоящая Sturm-Jurisprudenz!

[3]) Достаточно сопоставить это ученіе Ihering'a съ знакомыми вамъ понятіями права, его происхожденія, его источниковъ у юристовъ-классиковъ, измѣрить разстояніе, на которомъ отстоятъ одна отъ другой объ культурно-историческія эпохи, чтобъ получить результатъ, конечно, не къ выгодѣ нашей...

[4]) Ihering, въ Scherz u. Ernst, очень озабоченъ сокращеніемъ числа своихъ Fachgenossen, воскрешая и здѣсь прусскія заботы прошлаго вѣка (о чемъ позже).

[5]) Оба волюма заключаютъ въ себѣ до 1300 страницъ.

интересуетъ его. Онъ охотно предоставилъ бы ее всю филологамъ, точно такъ же, какъ исканіе идеи свободы—философамъ, недостигшимъ 30-лѣтняго возраста. Его тревожитъ будущее... Гдѣ Zweck? гдѣ causa finalis? Оно темно, натурально, для него, какъ и для всѣхъ смертныхъ, но никто не стремится съ такой страстью овладѣть имъ, какъ онъ. Это загадочное будущее можетъ спасти только *могущественная механическая сила государства*, и все право должно служить только средствомъ для этой цѣли спасенія. Das Recht oder das Leben?—вотъ какъ ставитъ вопросъ Ihering, и въ этомъ глубочайшая разница его точки зрѣнія на право отъ исторической, ищущей и открывающей das lebendige, lebensfähige Recht. Изъ этой альтернативы Ihering выходитъ съ патетической фразой: „die Gewalt opfert das Recht und rettet das Leben [1]).

Неужели все право въ исторіи имѣетъ что-либо общее съ этой альтернативой: das Recht oder das Leben? Ihering думаетъ такъ. Чѣмъ бы ни были вызваны такіе взгляды, способны ли они замѣнить совершенно иныя воззрѣнія на природу права у юристовъ-классиковъ, имѣвшихъ позади себя тысячелѣтній процессъ его исторіи и то ученіе о правѣ, которое возсоздано современной школой юристовъ-историковъ въ Германіи? Есть ли это ученіе новое, съ которымъ еще не пробовали свести счеты старые учители? или оно давно знакомо, давно извѣстно въ лѣтописяхъ науки и представляетъ собой въ этомъ новомъ видѣ не столько въ глубь идущую задачу изученія природы права, сколько *приноровленную къ даннымъ условіямъ теоретическую основу какой-либо программы дѣйствія*?

Въ дальнѣйшемъ мы будемъ имѣть случай убѣдиться, что воззрѣнія на право, совершенно близкія къ этому ученію Ihering'a, господствовали въ особенности въ законодательной практикѣ прошлаго XVIII вѣка. Это эпоха такъ называемаго просвѣтительнаго абсолютизма.

По вопросу о новизнѣ этого ученія намъ нѣтъ нужды далеко ходить за справками, чтобъ имѣть отвѣтъ. Сорокъ лѣтъ назадъ, по поводу опытовъ построенія права на той же основѣ, Савиньи, въ своей системѣ, писалъ слѣдующее:

Die Abwehr dieses Uebels (*устраненіе этого зла*, т.-е. безправія, Unrecht) ist ihnen (*есть по ихъ мнѣнію*, т.-е. по мнѣ-

[1]) Т. I, стр. 251. нов. изд. Собственно тутъ не видно, откуда Gewalt, но въ т. II, стр. 170, читаемъ: auch hier (т.-е. въ соціальномъ вопросѣ) ist er (der grosse Mann, dem wir, Deutschen, die politische Wiedergeburt unseres Vaterlandes verdanken) es wiederum gewesen, welcher mit *eiserner Faust* das Thor zu öffnen sich anschickt, durch welches der Weg der Zukunft hindurchführt.

нію писателей неисторической школы) das Recht (*право*). Dasselbe soll hervorgebracht werden nach Einigen (*По мнѣнію однихъ, это достигается* т.-е. право возникаетъ), durch verständige Uebereinkunft (*чрезъ разумное соглашеніе*), indem Jeder ein Stück seiner Freiheit aufgäbe um das Uebrige zu retten (*въ силу того, что каждый уступаетъ нѣкоторую долю своей свободы, чтобъ спасти остальное*); oder, nach Anderen (*или, по мнѣнію другихъ*, тоже думаетъ Ihering) durch eine äussere Zwangsanstalt (*право образуется посредствомъ нѣкоторою внѣшняго принудительнаго установленія*), welche allein der natürlichen Neigung der Menschen zu gegenseitiger Zerstörung Einhalt thun könne (*которое одно способно сдерживать естественную склонность людей къ взаимному уничтоженію*). Indem sie auf diese Weise das Negative an der Spize stellen (*Ставя такимъ образомъ во главу ученія моментъ отрицательный*), verfahren sie so, als ob wir vom Zustande der Krankheit ausgehen wollten um die Gesetze des Lebens zu erkennen (*они какъ бы принимаютъ состояніе болѣзненное за исходную точку для изученія законовъ жизни*).

Ничего болѣе законченнаго для обличенія фальшивой основы всего ученія Ihering'а о правѣ нельзя сказать и нынѣ.

Въ настоящее время есть, натурально, воинствующіе юристы въ Германіи, которые не позволятъ себѣ вычеркнуть одной строки изъ Ihering'овской программы. Но это ихъ дѣло, ихъ практическая задача, ихъ разсчетъ, идущій гораздо далѣе чистыхъ проблемъ науки. Это ихъ политическая программа. Они всѣ судятъ не о правѣ, какъ оно есть, а о правѣ, какимъ оно имѣетъ стать *въ ихъ рукахъ* и по ихъ планамъ.

Мы видимъ, однако, съ другой стороны, что и между теперешними юристами взглядъ на право, какъ на простое механическое орудіе принужденія, возбуждаетъ глубокое смущеніе.

Совершенно такъ же, какъ задачу жизни государства нельзя опредѣлить цѣлью поглотить другое, такъ же цѣлью развитія права нельзя ставить поглощеніе всѣхъ его источниковъ *однимъ закономъ*. Послѣднее относится въ особенности къ праву гражданскому.

Оттонъ Бэръ, одинъ изъ высшихъ сановниковъ юстиціи въ Германіи, именитѣйшій писатель, первоклассный знатокъ римскаго права и современной практики, бывшій соиздатель Ihering'а по названному выше журналу для догматики, безусловно осуждаетъ нынѣшнее стремленіе überall das Recht in Gesetzes-Paragraphen einzufangen (замкнуть все право въ параграфы закона), и вы-

звать этимъ den falschen Schein, als beruhte alles Recht nur auf positiver Satzung (ложное представленіе, будто все право покоится на однихъ положительныхъ опредѣленіяхъ. Ср. Юлія Павла. l. 1 D. de R. J.).

Одинъ изъ первыхъ, писавшихъ противъ ученія Ihering'a о Zweck im Recht, Felix Dahn ставитъ въ основу права „Vernunft" и сѣтуетъ на тяжкое впечатлѣніе этой „gewaltiges Buch", которую онъ хочетъ цѣликомъ изъ себя извергнуть (aus dem Leibe herausarbeiten). Въ Zweck'ѣ онъ видитъ обширную praefatio къ какой-нибудь новеллѣ, подготовляемой въ законодательныхъ сферахъ.

Талантливый Августъ Тонъ, которому книга Ihering'a пришла въ руки немного позже, чѣмъ бы онъ хотѣлъ (его Rechtsnorm u. subjectives Recht появилось въ 78 г.), читая ее, испытывалъ чувство, „какъ будто передъ нимъ вновь прозвучала полузабытая гармонія, которую онъ до того тщетно пытался возобновить въ памяти"... Но, однако, противорѣчіе съ Ihering'омъ очень глубокое, и вотъ оно. Ihering видитъ существо права въ принужденіи (Zwang), а такъ какъ государство одно владѣетъ силой принужденія, то оно одно и есть источникъ права (Введ., X). Этого Тонъ не хочетъ никоимъ образомъ принять.

Одинъ изъ позднѣйшихъ, заслуженнѣйшихъ германистовъ Otto Gierke, въ рѣчи при вступленіи въ ректоратъ, пересчитывая теперешнія контроверзы по основнымъ проблемамъ юриспруденціи, сопоставляетъ историческую школу и новыхъ учителей. Это очень характерное сопоставленіе. Оно есть дѣло послѣднихъ дней, и въ мысль Гирке полезно вслушаться. Гирке очень хорошо разумѣетъ что̀ такое Volksgeist, какъ творецъ права. Онъ думаетъ, что новыя движенія въ области философскихъ вопросовъ не въ состояніи поколебать основъ позитивной науки права, заложенныхъ Savigny, Eichhorn'омъ, Grimm'омъ. Въ этомъ движеніи, какъ оно ни отрадно, къ сожалѣнію, слишкомъ часто выводятъ на сцену *въ новыхъ костюмахъ давно пропавшія безъ вѣсти фигуры*, провозглашаютъ ихъ съ ноготка новыми продуктами мудрости, думаютъ талантливыми капризами замѣстить основы очень важныхъ построеній и дать, въ замѣнъ невеселыхъ размышленій, блестящія односторонности. Оттуда движеніе ощупью, безпокойное, хаотическое въ литературѣ. И нельзя при этомъ сказать, чтобы эта путаница, это непостоянство и это вздорное настроеніе ограничивалось однѣми сѣнями юриспруденціи; оно проникло гораздо глубже, туда, гдѣ еще въ недавнее время не было признаковъ подобныхъ явленій. Гирке считаетъ тревожными эти попытки

свести все право к одному источнику, къ positive Satzungen и подчинить его идею рѣшающей силѣ случайно образовавшагося большинства. *Не все, что выражено въ формѣ закона, этимъ самымъ превращается въ живое право*, и напрасно думаютъ люди, что можно безнаказанно приводить въ движеніе авторитетъ закона всякій разъ, какъ этотъ путь покажется самымъ короткимъ для удовлетворенія всѣхъ минутныхъ потребностей практическаго свойства. Сколько бы ни былъ великъ законодательный геній или умъ одареннѣйшаго юриста—ни тотъ, ни другой не въ силахъ создать *жизнеспособнаго права*, и все, къ чему призваны они—это лишь *найти право* (Recht finden), найти его именно въ той темной глубинѣ общаго правосознанія, гдѣ покоются его основы.

На встрѣчу гордому заявленію Ihering'a, что ему трудно убѣдить въ вѣрности своего ученія людей простыхъ, Гирке указываетъ подлинно — народныя правовоззрѣнія, сохранившіяся въ національныхъ памятникахъ (Got is selve Recht, Got is Recht), и выражаетъ сомнѣніе, чтобъ теперешніе взгляды на право какъ на средство только для цѣли въ рукахъ предусмотрительныхъ, какъ на рычагъ соціальной механики, были выше стараго народнаго, гдѣ право является само себѣ цѣлью (Gierke, Deutsch. Priv. recht. 1895 г., стр. 121, пр. 34).

„Не въ силѣ Богъ, а въ правдѣ“ говоритъ наша народная поговорка, выражая туже идею что и приводимая Гирке нѣмецкая, быть можетъ болѣе выпукло, ибо прямо противополагаетъ понятіе права силѣ, внѣшнему принужденію (см. Леонтовича Старый Земскій обычай, стр. 14 и другія, гдѣ авторъ устанавливаетъ коренное значеніе понятія *Правды* въ старой русской рѣчи и отношеніе къ нему нашего понятія *права*).

Возможно ли ярче иллюстрировать давно выраженныя основоположенія исторической школы правовѣдѣнія? рѣшительнѣе обратить мысль новыхъ Rechts-грюндеровъ къ тѣмъ, почти отвергнутымъ ими, нормамъ, которыя юристы исторической школы указывали въ правѣ обычномъ? Этотъ голосъ людей науки, по разнымъ признакамъ, сталъ слышенъ и тамъ, гдѣ борьба ученыхъ мнѣній и плановъ подлежитъ ближайшей практической повѣркѣ. Если единство права можетъ быть достигнуто только цѣной насилія, то результатъ едва-ли стоитъ жертвъ, съ коими сопряжено его достиженіе.

И такъ, юриспруденція, думавшая стать практической этимъ приближеніемъ своихъ конструкцій къ механическому типу, *подборомъ теоретическихъ основаній*, нужныхъ для скорѣйшаго приведенія въ дѣйствіе законодательнаго рычага, теряетъ кредитъ

и въ сферахъ настоящей практики. Мы невольно опять вспоминаемъ наставленія Ihering'а своимъ читателямъ въ программѣ его журнала: „Наука права, чтобъ стать практической, не должна преслѣдовать узко практическихъ цѣлей". Это вѣрно, ибо иначе погоня за практичностью перейдетъ въ простой *оппортунизмъ!* Направленіе, данное Ihering'омъ нѣмецкой юриспруденціи, на встрѣчу преданіямъ исторической школы, носитъ именно такой характеръ. По счастію, оно, какъ всякая Sturm-und Drangperiode, несомнѣнно имѣетъ совершенно преходящій характеръ въ нѣмецкой литературѣ, и тѣ отзвуки, которые слышны были у насъ отъ этой нѣмецкой бури, конечно также скоро минуютъ.

Недавно, Э. Кунце, прозвавшій новую юриспруденцію штурмовой, а знаменосца ея буревѣстникомъ, въ сочиненіи Die Obligationen im römisch. u. heutig. Recht... 1886 г., принимаетъ тревожный тонъ передъ новой мудростью Ihering'а въ Zweck'ѣ и находитъ въ ней мрачный замыселъ замѣнить въ правѣ благородный образъ человѣка фигурой пеласгическаго чудища съ головой человѣка и туловищемъ животнаго и вмѣстѣ „dem Privatrecht seine beste Substanz zu rauben, d. h. sie an das öffentliche Recht zu verrathen" [1]).

Въ этихъ теченіяхъ новыхъ ученій Кунце усматриваетъ грозу для живого духа нѣмецкаго (и это слѣдуетъ относить, конечно, не къ одному нѣмецкому праву) права, которую предугадывалъ Савиньи, когда съ геніальнымъ даромъ предвидѣнія изображалъ опасныя стороны кодификаціи (см. § 70).

Жизненные процессы въ области права и его институтовъ не зависятъ ни отъ усмотрѣнія законодателя, ни отъ мастерства юристовъ. Измѣненіе бытовыхъ условій даннаго общества, усиленіе обмѣна интересовъ, расширеніе предѣловъ правосознанія, возвышеніе цѣлей, къ коимъ идутъ человѣческія общества, вліяютъ, сами собой, совершенно свободно отъ чьего-либо усмотрѣнія и разсчета, на весь составъ нормъ права, на все содержаніе его институтовъ, на смѣну цѣлыхъ системъ права. Все, къ чему можетъ быть призванъ законодатель и юриспруденція—это лишь *къ содѣйствію этой работѣ* внутреннихъ силъ живого общественнаго организма, а *не къ замѣнѣ ея* какими-либо механическими экспериментами.

---

[1]) Георгъ Мейеръ (Der Staat u. die erworbenen Rechte) какъ будто хочетъ именно подтвердить эти тревожныя предчувствія, когда, утверждаетъ: selbst brutale Gewaltakte würden, wenn sie in Form eines Gesetzes aufträten, *formell Recht*, für Gerichte, Verwaltungsbehörden, Unterthanen verbindlich sein (стр. 15). Нѣтъ сомнѣнія! Но какой будетъ результатъ отъ этого Brutalität'а? вотъ въ чемъ вопросъ...

Если мы отвергаемъ такимъ образомъ всю основу ученія Ihering'a, начало разсчета, цѣли, механическаго принужденія, для *понятія права*, то, съ другой стороны, для насъ несомнѣнно, что множество проблемъ *юридической техники* получаетъ свое разрѣшеніе именно съ этой точки зрѣнія цѣли, разсчета, умѣлости, специфическаго чутья. Въ отношеніи къ вопросамъ техники едва ли возможно найти что-либо болѣе поучительное, чѣмъ разработка ея задачъ, выполненная Ihering'омъ (въ его Geist'ѣ, особ. 2-я пол. 2-го т. и т. 3) на правѣ римскомъ и несомнѣнно пригодная для любого права.

Но искусство не есть только техника, право не есть только сфера сношеній дѣлового міра, азбука не есть prius, а рѣчь posterius. Отождествленіе права съ техникой, природы его съ принудительнымъ аппаратомъ есть столь же ошибочное, какъ отождествленіе искусства съ инструментомъ, живой мысли и рѣчи съ мертвыми знаками придуманнаго алфавита. Чѣмъ дальше проблемы, поставленныя исторической школой, расходятся и должны расходиться съ проблемами этого новаго неисторическаго или механическаго воззрѣнія на право, тѣмъ натурально меньше возможно думать о вытѣсненіи послѣднимъ первыхъ. Гённеръ и Ihering не станутъ на мѣсто Савиньи, Шмальцъ на мѣсто Эйхгорна, такъ же какъ солдаты Ihering'a не замѣнятъ воиновъ Гумбольдта, и угрожающая „сабля офицера“ не совершитъ того, что совершали рѣчи непрактическаго Фихте къ нѣмецкой націи въ минуту Freiheits-Kampf'a.

§ 3.

Двѣ области права, право публичное и частное.—Разграниченіе по Ульпіану.—Группировка взглядовъ на эту латинскую традицію въ новое время.—Weltgeist у Гегеля.—„Открытіе права частнаго“.—Свобода и необходимость въ различныхъ сочетаніяхъ на новой почвѣ.—Національная самобытность и Ausstossungsprocess.—Опасенія Савиньи.—Замѣна воли интересомъ.—Призывъ къ эмансипаціи у Кавелина.—Имущественный критерій для *новаго* гражданскаго права.—Идеи Августа Тона.—Юридическій методъ разграниченія обѣихъ областей права.—Дѣла челобитчиковы.—Искъ и лѣкарство.—Подвижность этого формальнаго признака.

Въ тѣснѣйшей связи съ общими вопросами о природѣ права, органической или механической, въ современной литературѣ шло развитіе другой очень важной контроверзы о *границѣ права публичнаго и частнаго*. Для дальнѣйшаго изложенія эта контроверза представляетъ особую важность, ибо назначеніе нашихъ

занятій есть одна изъ этихъ двухъ областей, *область права частнаго*. Разъяснивъ въ § 2 вопросы метода изученія права въ связи съ природой его, мы здѣсь попытаемся установить кругъ явленій, подлежащихъ нашему изученію.

До самаго послѣдняго времени вопросъ этотъ считался разрѣшимымъ съ помощью простого указанія на текстъ источниковъ, гдѣ мы находимъ прямо данный на него отвѣтъ.

Это извѣстное мѣсто Ульпіана, которое мы читаемъ въ L. 1 § 2, D. de just. et jure I. 1. Publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem; sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. Проф. Дернбургъ, въ своихъ Пандектахъ, обращаетъ, въ виду выше стоящихъ словъ (hujus, sc. juris, *studii* duae sunt positiones), наше вниманіе на *практическій* характеръ этого дѣленія двухъ сферъ права у Римлянъ, такъ какъ тамъ различалась особая профессія политической дѣятельности и другая профессія, собственно юридическая, въ сферѣ частнаго права.

Это совершенно вѣрно. Но вопросъ, который насъ занимаетъ, заключается въ томъ, какъ провести въ области права границу между jus publicum и privatum? Слѣдуетъ ли намъ проводить ее такъ же, какъ проводили ее римляне? Какое значеніе этого дѣленія, историческое, для процесса развитія права частнаго, и ближайшее, практическое, для примѣненія его къ условіямъ нашей культуры.

Натурально, вопросы эти стали живо интересовать юристовъ нашего времени въ связи съ общимъ движеніемъ нашей юридической литературы, въ связи съ вопросомъ о достоинствѣ и значеніи римскаго права для насъ, съ задачею разъяснить природу права, универсальные и національные моменты въ немъ, преобладающее значеніе формальнаго или матеріальнаго элемента въ правѣ римскомъ и нашемъ, наконецъ, въ связи съ только-что разъясненнымъ нами вопросомъ, какъ создается право, силой ли простыхъ велѣній законодателя, или процессъ его образованія не находится въ тѣснѣйшей зависимости отъ этой формы, а идетъ своимъ историческимъ путемъ, знаетъ иныя формы, кромѣ закона, способныя тоже давать основу положительному праву.

Группировка взглядовъ въ этой, теперь очень живой, контроверзѣ идетъ въ нѣмецкой литературѣ по этому вопросу почти такъ же, какъ и по вопросу о природѣ права. Мы встрѣтимъ тутъ тѣ же имена руководящихъ людей на той и на другой сторонѣ, какія встрѣчали и въ вопросѣ о природѣ права, стоящими врозь.

Оно натурально. Если право есть только законъ, то элементъ публичный долженъ въ самой сильной степени давать себя чувствовать въ любомъ построеніи права частнаго. Въ тѣ времена, когда все право имѣетъ превратиться въ политику силы, въ Staatsmaschinerie, когда государству нужно въ данную минуту сосредоточить всѣ средства въ одной цѣли, скажемъ, въ поглощеніи политическихъ организмовъ octav-volum'a волюмомъ in folio, такъ и у тѣхъ писателей, которые даютъ теоретическія основы для такихъ плановъ, право частное потеряетъ всякую самобытность, все будетъ поглощено этой конечной цѣлью всѣхъ конструкцій. Наоборотъ, въ другой группѣ, гдѣ процессъ историческій, а не вдругъ возникшія политическія цѣли, лежитъ въ основѣ пониманія права, такъ право частное не будетъ имѣть характера только средства для посторонней цѣли. Существо его институтовъ, построеніе ихъ удержитъ на себѣ непремѣнное свойство особности отъ jus publicum, самобытности, связанной, правда, съ успѣхами правосознанія въ народѣ, въ живомъ историческомъ организмѣ, но не зависящей отъ случайно измѣнчивыхъ политическихъ комбинацій.

И такъ, чтожъ это за различіе права публичнаго и частнаго? Какой его историческій смыслъ?

Въ школѣ гегельянцевъ, имѣвшей, какъ извѣстно, и у насъ, особенно въ 40-хъ годахъ, горячихъ послѣдователей, съ исходной точки *развитія мірового духа* (Weltgeist), всемірно-историческая роль Рима освѣщается такимъ образомъ. *Востокъ* почіетъ неподвижно въ неразграниченномъ единствѣ сознанія религіи, нравственности, права. Въ идеѣ востока нѣтъ мѣста началу свободы индивидуума. Она вся есть идея необходимости, заповѣди божеской, гдѣ лицо есть только орудіе и никогда само себѣ цѣль. Тамъ нельзя искать начала права, выдѣлившагося изъ этого единства сознанія въ видѣ *особой области свободнаго сознанія человѣкомъ себя какъ цѣли*, какъ субъекта права частнаго. — Въ мірѣ эллинскомъ исторически осуществляется иная идея. Это, въ противоположность востоку, воплощеніе индивидуализма. *Въ Греціи* — міръ свободы, возвышающейся лишь до единства идеи. Это *индивидуализмъ*, не вонлотившійся ни въ какихъ обще-эллинскихъ установленіяхъ для права. Единаго греческаго права нѣтъ. — *Римъ* принимаетъ въ свои нѣдра эти обѣ идеи, идею свободы (Греція) и необходимости (Востокъ), изъ коихъ слагается понятіе права, и въ борьбѣ ихъ и въ сочетаніи, примиреніи, лежитъ всемірно-историческая задача Рима.

Не надо быть послѣдователемъ гегеліанскаго метода мышленія,

чтобъ оцѣнить силу этой абстракціи. Ф. Лассаль (гегельянецъ), оцѣнивая эти формулы Гегеля, находитъ въ нихъ лишь общее завладѣніе, въ царствѣ мысли, міромъ явленій и требуетъ, чтобъ „генералы Александра Македонскаго“ разработали въ подробностяхъ, овладѣли отдѣльными провинціями этого царства, изучая дальше и полнѣе историческія явленія. Jhering выражаетъ собственно ту же гегельянскую мысль, опредѣляя въ Geist'ѣ историческое призваніе Рима такими словами: „какъ бы мы ни цѣнили, высоко или низко [1]), заслуги римскаго генія, нѣтъ сомнѣній, что *открытіе права частнаго* есть дѣло Рима“ (B. 2, § 36). Брунсъ развиваетъ эту мысль такъ: „всемірно-историческое значеніе римскаго права основано на томъ, главнымъ образомъ, что въ немъ развилось *абстрактное понятіе субъективнаго права*, т.-е. всеобщее и одинаковое признаніе права (Berechtigung) за индивидуумомъ“. Оно сочетается изъ обоихъ основныхъ элементовъ понятія права, изъ свободы и необходимости. „Въ этомъ и состоитъ то, что̀ мы называемъ *универсальнымъ* характеромъ римскаго права“. Это не значитъ, однако, спѣшитъ оговориться Брунсъ, что римское право есть вѣчное, абсолютное право для всѣхъ временъ и народовъ, и чтобъ хотя одинъ изъ новыхъ народовъ могъ обойтись имъ однимъ; это значитъ только, что въ немъ (въ правѣ римскомъ) тотъ существенный элементъ, который составляетъ *основу всякаго права*, развился до такой законченности, что оно способно служить теоретически и практически пригоднымъ образцомъ для всѣхъ временъ и народовъ [2]).

Отсюда, изъ этихъ элементовъ свободы и необходимости, *нельзя*, натурально, теоретически *построить право какого-либо народа*. Эмиль Кунце справедливо замѣчаетъ, что во всякомъ живомъ дѣйствующемъ правѣ мы имѣемъ не апріорныя конструкціи, а собраніе ирраціональныхъ (конечно въ логическомъ, а не въ историческомъ смыслѣ) величинъ. Онѣ получаются изъ неодинаковаго сочетанія началъ свободы и необходимости въ разныхъ системахъ положительнаго права. Тутъ нѣтъ рѣзкихъ переходовъ.

---

[1]) Извѣстно, что есть въ Германіи мыслители-юристы, сопоставляющіе завершившуюся всемірно-историческую роль Рима съ призваніемъ духа германскаго въ правѣ, при чемъ это послѣднее ставится неизмѣримо выше перваго. Независимо отъ соблазнительнаго свойства сопоставленія своего и чужого, тутъ есть еще нѣкоторая странность по отношенію къ сопоставляемымъ явленіямъ, изъ коихъ одно можно разсматривать какъ законченное, другое—какъ продолжающее развиваться. Изъ видныхъ писателей этого рода можно назвать C. A. Schmidt'a „Die Reception des röm. R. in Deutschl“. Rostock. Нынѣ такія сопоставленія опять очень въ ходу.

[2]) Ср. это и частью дальше у Брунса въ его изумительной по простотѣ и вѣрности общей картинѣ исторіи римскаго права, въ Энциклоп. Гольцендорфа, особ. §§ 3 и 4.

Преобладаніе элементовъ необходимости даетъ намъ все глубже и глубже въ область азіатской культуры уходящіе типы институтовъ. Тамъ настоящая почва невольнаго, зависимаго, подчиненнаго положенія лица и неизмѣнныхъ нормъ, тамъ преобладаніе началъ господства и необходимости въ правѣ, тамъ право есть настоящій *приказъ господина его рабу*. На чемъ бы ни держалась основа этого отношенія, все равно, индивидуумъ есть только средство, и цѣль лежитъ внѣ его. Въ основѣ тѣхъ конструкцій и того міровоззрѣнія лежитъ тоже *разсчетъ*, крайне высоко сознанная цѣль; но *нѣтъ индивидуальной свободы*, есть интересы, но нѣтъ воли, которая приводила бы въ движеніе этотъ міръ отношеній, нѣтъ лица, право безлично, безсубъектно въ смыслѣ индивидуума, человѣка.—Съ иными явленіями встрѣчаемся мы въ европейской (со всѣми переходными ступенями въ смыслѣ мѣста и времени) культурѣ права. Здѣсь элементъ свободы въ правѣ не есть подавленный, поглощенный въ строеніи институтовъ. Наоборотъ, все право создано человѣкомъ и имѣетъ его цѣлью.

Гермогеніанъ, аргументируя порядокъ изложенія римской системы права, говоритъ: „Quum igitur *hominum causa omne jus constitutum sit* primo de personarum statu... dicemus (1. 2. D. de statu hom. 1. 5). Выражая полно и ясно эту же мысль, Алоисъ Бринцъ пишетъ: „право есть законъ (вѣрнѣе норма), котораго поводомъ, предметомъ, цѣлью и творцомъ является человѣкъ“. Это идея, впервые сознанная Римомъ и воплощенная римскимъ геніемъ въ цѣлый комплексъ точныхъ понятій и институтовъ права частнаго. Тамъ, гдѣ нѣтъ признанной Римомъ способности воли (у перегриновъ въ извѣстную эпоху, у рабовъ), тамъ нѣтъ права. Никогда римляне не отвергали въ этомъ, чужомъ для нихъ мірѣ, интересовъ, потребностей, нуждъ; они не знаютъ только ихъ права, ибо отвергаютъ ихъ волю, ихъ свободу, *не гарантируютъ имъ ея*. Итакъ, чтобъ было право въ римскомъ сознаніи, нужна воля, но это не есть только внутреннее побужденіе, психическій процессъ, выразившійся въ дѣйствіи. Право есть тамъ, гдѣ этотъ *элементъ свободы сочетается, въ сознаніи народа, съ началомъ необходимости, съ элементомъ нормы*, гдѣ образовалась эта неразрывная связь. Отсюда, только въ извѣстномъ мірѣ лицъ, вещей, дѣяній способны образоваться *юридическіе институты*. Этотъ кругъ лицъ, вещей, дѣяній, все расширяется, измѣняетъ свой характеръ, но право все-таки есть только тамъ, гдѣ есть начало воли и начало нормы, элементъ свободы и необходимости.

Въ зародышномъ состояніи это явленіе особыхъ правъ союза (цѣлаго) и самостоятельныхъ по отношенію къ нему правъ отдѣльныхъ его членовъ (jura singulorum) видно вездѣ на европейской почвѣ, но нигдѣ оно не достигло такой формы выраженія, такой полноты развитія, какъ въ Римѣ. Въ Римѣ эта свобода лица въ извѣстной сферѣ отношеній крайне рано выразилась *въ объективныхъ нормахъ, общихъ для всѣхъ гражданъ*, равныхъ и недопускающихъ никакихъ отступленій, никакихъ привилегій. Въ этомъ видѣ свобода лица (гражданина), опредѣленная общей нормой и огражденная органами суда, существуетъ уже въ законахъ XII табл. Оттуда идетъ, вмѣстѣ съ расширеніемъ круга лицъ, міра вещей, способнаго дѣлаться все болѣе развитымъ, сфера свободы лица, гарантируемая извѣстностью и постоянствомъ опредѣляющихъ ее нормъ гражданскаго суда. Чтобъ возможно было медленное и постоянное развитіе этихъ общихъ институтовъ права частнаго, сперва національнаго, потомъ общенароднаго, нужно было *постоянное и близкое соотношеніе между органами власти и кругомъ лицъ правоспособныхъ* въ цивильномъ смыслѣ. Въ республикѣ эта связь *нормирующихъ и ограждающихъ* право органовъ власти (элементъ необходимости въ правѣ) съ кругомъ самихъ гражданъ, *для коихъ* право образуется (элементъ свободы), есть самая тѣсная и близкая. Съ упадкомъ нравовъ въ кругу гражданъ эта основа гражданской свободы, лежавшая въ нихъ самихъ, исчезаетъ. Цивильная правоспособность быстро расширяется за предѣлы этого тѣснаго круга людей, и право гражданское продолжаетъ развиваться и обогащаться новымъ содержаніемъ, благодаря, главнымъ образомъ, наукѣ и вновь возникшему органу народной воли въ лицѣ principis'a. Въ этомъ единомъ органѣ сочетались всѣ существовавшіе въ эпоху республики отдѣльные органы, дѣятельность коихъ имѣла цѣлью созиданіе и огражденіе цивильной свободы гражданъ.

Вотъ какъ нынѣ представляютъ себѣ *исторически опредѣлившуюся сферу свободы лица* [1]) и заслугу римской цивилизаціи въ этомъ смыслѣ.

---

[1]) Понятія права нельзя дать внѣ сферы свободы, понятія свободы внѣ историческихъ условій. Начала свободы и необходимости составляютъ въ современной юриспруденціи постоянные элементы, изъ коихъ строится понятіе права. Въ этомъ построеніи сошлись нѣкогда столь враждебныя въ литературѣ и преподаваніи школы, историческая и философская школа Гегеля. Изъ этихъ же элементовъ слагали и слагаютъ понятіе права наши юристы.

Одинъ изъ нѣкогда крайнихъ гегельянцевъ, недавно скончавшійся, въ высшей степени заслуженный юристъ, проф. Брунсъ говоритъ слѣдующее: Savigny hat sie (die Reaction gegen d. Rationalismus d. 18 Jahrh.) vollbracht durch die Erkenntniss dessen, was er anfangs nur die innere Nothwendigkeit in der Geschichte nannte, was er aber später als die Offenbarung des allgemei-

Чтобы въ условіяхъ того времени сдѣлать яснымъ противуположеніе понятій публичнаго и частнаго права, Ульпіану довольно было простого намека на конечную цѣль институтовъ того и другого рода. Для чуткой къ этому явленію мысли, въ обществѣ, заявшемъ двѣ разныя профессіи, соотвѣтствовавшія тому и другому праву, не было надобности не только писать трактатовъ о томъ, „что есть гражданское право и гдѣ его предѣлы“, но даже просто подбирать къ указанному признаку (utilitas singulorum, собственно матеріальному) еще рядъ признаковъ формальныхъ, которые всякому были и безъ того видны.

Пока западная юриспруденція, въ процессѣ рецепціи, ограничивала свою задачу усвоеніемъ латинскихъ текстовъ, понятія jus publicum и jus privatum механически примѣнялись къ сферѣ новыхъ явленій, далеко несоотвѣтствовавшихъ условіямъ ихъ возникновенія на классической почвѣ.

Когда у новыхъ юристовъ явилось побужденіе сопоставлять не готовыя только понятія, латинскія и наши, а *процессы ихъ образованія* у римлянъ и у насъ, то текстъ уже не рѣшалъ ничего, и вопросы стали ставиться совершенно иначе. У римлянъ могло быть jus publicum и jus privatum, а у насъ можетъ не быть этого расчлененія. Какой смыслъ оно имѣетъ для Рима и какой его смыслъ для насъ? Условія нашего быта иныя, чѣмъ ихъ. Не суть-ли заимствованныя нами у нихъ категоріи только имъ свойственныя, а намъ чуждыя? Для отвѣта на эти вопросы

---

nen Menschengeistes in den individuellen Volksgeistern bezeichnete. Es ist nichts anderes, als was die Philosophie die Verwirklichung der Vernunft in der Geschichte nennt. Der Unterschied ist nur, dass Savigny die innere Nothwendigkeit in der Geschichte aus den Thatsachen selber erkennen will, wogegen die Philosophie die Nothwendigkeit a priori durch Speculation glaubte nachweisen zu können. (Савиньи ее—реакцію противъ раціонализма XVIII ст.—довелъ до конца признаніемъ того, что онъ въ началѣ называлъ только внутреннею необходимостью въ исторіи, и что онъ позже называлъ проявленіемъ общечеловѣческаго духа въ индивидуальномъ геніи каждаго народа. Это именно то, что въ философіи называется.. воплощеніемъ разума въ исторіи. Разница только въ томъ, что Савиньи эту внутреннюю необходимость въ исторіи стремится вывести изъ самыхъ фактовъ, между тѣмъ какъ философія считала возможнымъ познать эту необходимость a priori путемъ спекулятивнаго мышленія). Мейеръ (§§ 33) повторяетъ господствующее въ учебникахъ современи Канта опредѣленіе права—мѣра свободы лица живущаго въ обществѣ (такъ называемая Maxime der Koexistenz). Отношеніе Канта къ предшествующимъ ученіямъ (къ Руссо) и послѣдующимъ см. Stahl Die Philosophie d. Rechts, т. I, изд. 4-е, стр. 193—252. Моментъ *воли* у Лассаля выраженъ такъ: Privatrecht есть die Realisation der Willensfreiheit des Individuum. Der Wille ist eine naturrechtliche Fähigkeit und das positive Recht vielmehr nur die *gesicherte* Sphäre u. das gegliederte Reich seiner freier Ausführung. См. Syst. d. erworb. Rechte, 1, стр. 48, и особенно 49, гдѣ der Wille является какъ eine besondere Weise des Denkens. Отвлеченно отъ исторической формы право было бы такимъ образомъ логикой воли.

недостаточно простой ссылки на текстъ, доказывающій, что такъ было у римлянъ, ибо у насъ все это можетъ быть иначе.

Дѣло, повидимому, простое, сдѣлать шагъ отъ текста къ жизни, къ жизни римской и нашей, а между тѣмъ, какихъ, и именно въ данномъ вопросѣ, объ отношеніи права публичнаго и частнаго, о предѣлахъ права гражданскаго, — какихъ усилій стоилъ этотъ простой шагъ!

Чтобы сдѣлать это простое различіе, надо было искать точной постановки вопросовъ о правѣ вообще. Это проблема философская. Она увлекала изслѣдователей часто очень далеко отъ области практической юриспруденціи къ задачамъ этики, экономіи, соціологіи, коихъ вовсе не касалась римская юриспруденція, имѣя налицо, какъ данный фактъ въ полномъ его развитіи, и это право и эти обѣ сферы институтовъ цивильныхъ и политическихъ.

Въ нѣмецкой литературѣ нашего времени мы могли бы назвать писателей, которые, повидимому, приняли самый прямой путь къ устраненію сомнѣній. Весь вопросъ о различіи права публичнаго и частнаго есть чисто римскій, унаслѣдованный нами оттуда, неважный для насъ, ибо мы не только не различаемъ этихъ двухъ областей права, но наша заслуга, достоинство новой культуры и состоитъ все въ томъ, что мы не отдѣляемъ не только публичнаго и частнаго права, но даже сферы права отъ сферы нравственности, какъ это дѣлали римляне.

Это направленіе мыслей, получившее новый толчекъ въ движеніяхъ 48 года, національное по отношенію къ праву римскому, и отрицательное, исключительное по отношенію къ другимъ національностямъ, хорошо знакомо было Савиньи, и уходя, уже на склонѣ дней, съ высокихъ ступеней своей неудачной политической карьеры, онъ далъ оцѣнку этому направленію. Въ VII т. своей системы, во введеніи, подписанномъ августомъ мѣсяцемъ 48 г., мы читаемъ: сорокъ лѣтъ назадъ, когда я занималъ каѳедру въ одномъ баварскомъ университетѣ, тамъ жилъ профессоръ ботаники, не баварецъ по происхожденію, который любовь свою къ баварскому отечеству выразилъ въ томъ, что изгналъ изъ ботаническаго сада всѣ растенія, не находимыя въ дикомъ видѣ на баварской почвѣ, чтобъ имѣть такимъ образомъ *истинно родной*, отечественный садъ. То же направленіе мыслей онъ видитъ у юристовъ, желающихъ только родного права и полагающихъ, что право римское и германское надлежитъ мыслить какъ двѣ враждебныя культуры права. Это

направленіе онъ считаетъ опаснымъ для нѣмецкой юриспруденціи [1]).

Около того же времени мы видимъ другое, неизмѣримо болѣе плодотворное движеніе въ кругу нѣмецкихъ юристовъ, направленное къ изученію *экономическихъ основъ быта*, коими обусловливается пригодность юридическихъ институтовъ того или другого происхожденія для нашего права. Здѣсь такъ же какъ и въ сравнительной оцѣнкѣ нравственныхъ свойствъ римскаго и нашего обществъ (римскаго эгоизма и нынѣшняго альтруизма), общія характеристики обыкновенно или очень скудны, или произвольны. Легко утверждать, что у римлянъ (какой эпохи?) преобладающій характеръ конструкцій есть формализмъ воли, что у насъ, наоборотъ, больше склонности въ конструкціяхъ юридическихъ къ матеріальному, къ содержанію, къ экономическому побужденію, къ экономической цѣли построенія, что у насъ не та абстракція, не то чувство формы, какъ у нихъ. Если это и такъ, то противоположеніе въ общемъ смыслѣ все-таки не даетъ значительныхъ результатовъ для объясненія явленій теперешняго права. Зато въ частностяхъ противоположеніе матеріализма и формализма, иныхъ экономическихъ основъ современнаго и стараго римскаго гражданскаго оборота, несомнѣнно даетъ много плодотворныхъ результатовъ для правильнаго разумѣнія римскихъ институтовъ и нашихъ, взаимной ихъ связи, способности восполненія, замѣны однихъ другими и пр. И тутъ несомнѣнно внимательное изученіе частностей гораздо полезнѣе, чѣмъ поспѣшныя обобщенія.

Въ этихъ отдаленныхъ и однако предваряющихъ нерѣдко изслѣдованіе частностей проблемахъ, въ этомъ исканіи элемен-

---

[1]) Оно теперь дѣлаетъ чрезвычайные успѣхи въ Германіи. Августъ Шульце, преподающій въ Страсбургѣ, даетъ окрикъ тѣмъ неспособнымъ романтикамъ (unfähige Romantiker), которые въ старое время руководили нѣмецкой юриспруденціей, и историческую школу не называетъ иначе, какъ *die sogenannte* histor. Schule, *das sogen.*.. Gewohnheitsrecht (См. Юрид. Библ. № 27), что не мѣшаетъ ему, однако, не умѣть двинуться съ мѣста безъ римскихъ категорій. Образъ выраженія въ этой задачѣ освобожденія отъ римскаго права переходитъ отъ стараго „процесса эманципаціи“ къ новымъ „destructive Kritik“ и „Ausstossungsprocess“. Національное должно вытолкать все универсальное изъ права, и въ числѣ задачъ реставраціи указывали проектъ возстановленія стараго обычая германцевъ—пребывать вдовѣ 30 дней на мѣстѣ смерти мужа и тосковать (завывать) объ утратѣ, что̀ не всѣ находили удобнымъ въ виду нынѣшней тѣсноты квартиръ, особенно въ Берлинѣ. Не надо думать, чтобъ Ausstossungsprocess было легко сдѣлать. По сему случаю его замѣняютъ еще болѣе новымъ способомъ дѣйствія. Писатель, воспитанный весь на римскихъ традиціяхъ, беретъ національные источники и читаетъ въ нихъ не то, что есть, а то, что ему нужно, или что онъ привыкъ находить въ пандектахъ. Этому пріему слѣдуетъ, напр., Heussler въ Institution. des deutschen Privatrechts (т. 1. Это часть большой Handbuch Binding'a, о коей было сказано выше. Теперь появился т. 2).

товъ нашей и римской юридической конструкціи вопросъ объ отношеніи правъ публичнаго и частнаго игралъ всегда видную роль.

Въ связи съ общимъ движеніемъ нѣмецкой мысли *послѣ 48 г.* Iher., тоже въ цѣляхъ эманципаціи отъ римскаго права, избралъ девизомъ новаго направленія „durch das römische Recht, aber über dasselbe hinaus“ [1]). Въ половинѣ 60-хъ годовъ этотъ писатель дѣлаетъ попытку указать новую основу для современнаго гражданскаго права, отличную отъ господствовавшей до сего основы въ понятіи свободы. Это собственно 35 стр. такъ называемой Allgemeine Theorie der Rechte, составляющей какъ бы Anhang къ обширному труду Geist d. rom. R. Совершенно согласно избранному имъ девизу журнала и въ духѣ распространеннаго противуположенія нашего права (матеріализма) римскому (формализму), Ih. въ этой теоріи спѣшитъ замѣнить, не безъ фальшивыхъ полемическихъ пріемовъ [2]), моментъ воли въ понятіи права моментомъ интереса.

---

[1]) Въ Scherz u. Ernst онъ уходилъ еще много дальше, скорбя, что посвятилъ свою жизнь этому Fach'у. И однако посвятилъ!

[2]) Ausstossungsprocess момента воли изъ понятія права Ihering производитъ слѣдующимъ способомъ. Если моментъ воли, говоритъ онъ, есть существенный для права, то какъ же съ этимъ примирить *права дѣтей* и умалишенныхъ (Ih. не говоритъ *принадлежность* правъ дѣтямъ и умалишеннымъ, а именно *права дѣтей*, ибо только такъ и можно запутать дѣло, что собственно тутъ и требуется)? Безъ воли нѣтъ права, у дѣтей нѣтъ воли, стало быть не должно быть и правъ. На дѣлѣ у нихъ права есть, стало быть для права воля несущественна. Это разсужденіе Ihering'а Биндингъ находитъ побѣдоноснымъ противъ теоріи воли. И такъ, *воля*, для конструкціи права, несущественна. Что же существенно? Отвѣтъ—интересъ, пользованіе, Genuss. Интересъ долженъ быть поставленъ на мѣсто воли. Примѣняемъ къ этой постановкѣ тотъ самый пріемъ, какимъ Ihering пользуется для устраненія момента воли. Развѣ у ребенка, особенно у кретина (взять у того же писателя), есть *интересъ* къ милліонному наслѣдству? Развѣ Genuss, положимъ, богатой библіотекой, оставшейся въ составѣ наслѣдства, доступенъ имъ?—И такъ, замѣна воли интересомъ нисколько не устраняетъ трудности вопроса, если такая трудность есть, а не вымышлена (см. l. 19 D. VIII. I, Лабеонъ).—Но эта трудность есть вымышленная, она служитъ только фальшивымъ полемическимъ пріемомъ. Фальшь состоитъ въ слѣдующемъ. Ihering употребляетъ понятіе воли не въ томъ смыслѣ, въ какомъ его вводятъ въ составъ понятія права его противники. Онъ разумѣетъ подъ волей непрерывный и постоянный психическій процессъ, который нуженъ для состава дѣянія. Этого процесса нѣтъ у дѣтей, у кретиновъ, но его нѣтъ и у зрѣлыхъ гражданъ во время сна, болѣзни... Наличности возбужденнаго состоянія воли въ каждую данную минуту, также какъ и наличности интереса минуты вовсе не требуется, чтобъ было право. Я останусь хозяиномъ имѣнія, котораго вся цѣна условлена роскошнымъ видомъ, картины стараго мастера, хотя я слѣпъ, не знаю въ ней толку. Я могу купить вещь, интересъ обладанія коей есть для меня совершенно проблематическій. И однако, независимо отъ всякой повѣрки *моихъ* интересовъ къ этому обладанію, или *бдительности воли* у спящаго, у ребенка, вопросъ права не колеблется ни на минуту. Когда писатели, съ которыми полемизируетъ I., говорятъ о моментѣ воли въ правѣ, то они разумѣютъ абстрактно сознанную и осуществимую (хотя-бъ не этимъ лицомъ) для лица сферу свободы, а вовсе не непрестанно дѣятельные психическіе процессы у правообладателя. Возбужденное состояніе воли отсутствуетъ у спящаго, но спитъ онъ не вѣчнымъ сномъ. Я не могу пользоваться картиной, видомъ, библіотекой, но вѣдь нигдѣ не требуютъ *непосредственно во мнѣ* возбужденнаго интереса къ Genuss'у или

Послѣ этой попытки создать теорію права въ духѣ новаго времени, Ih. 12 лѣтъ не касался поднятыхъ имъ тогда общихъ вопросовъ и лишь въ Zweck'ѣ досказалъ, какъ мы видѣли, свою конструкцію, вытѣснивъ моментъ воли изъ понятія права до той мѣры, что все право оказалось дѣломъ неволи, принужденія, политикой власти, разсчетомъ предусмотрительныхъ для недалекихъ. Для разсматриваемаго здѣсь вопроса это было одновременно не только отрицаніе всего права римскаго, но и *поглощеніе* правомъ публичнымъ всего права частнаго (а кстати и церковнаго и международнаго), конечно, въ интересахъ спасенія общества отъ вѣрной гибели.

Приблизительно въ ту же пору, когда на западѣ опредѣлились ясно черты новаго направленія юриспруденціи, *задача эмансипаціи отъ римскихъ преданій* (у насъ NB) и замѣна формализма римскихъ построеній болѣе соотвѣтствующими нашему времени матеріальными критеріями, появилась названная выше брошюра покойнаго *К. Д. Кавелина.*

Кавелинъ находитъ *противоположеніе публичному праву права частнаго завѣтомъ римской юриспруденціи и именно позднѣйшей ея эпохи,* когда общественный духъ давно угасъ и древнее общество представляло собраніе разбросанныхъ единицъ [1]). Оттуда преувеличеніе въ ней началъ приватнаго, особнаго, лично-самобытнаго. Эти начала прямо противоположны тѣмъ, которыя характеризуютъ ново-европейское общество. По свойствамъ нашего быта и нашихъ воззрѣній, мы склонны до того улетучивать все частное, особное, въ публичное, общее, что, можетъ быть, переступаемъ

постоянно возбужденной воли, чтобъ было у меня право. Какое-жъ препятствіе встрѣчаетъ строеніе понятія права изъ элементовъ воли въ правоспособности дѣтей? По нашему мнѣнію—никакого!—Еслибъ мы говорили объ особомъ правѣ *дѣтскомъ*, умалишенныхъ, кретиновъ, объ абстрактно *ими* сознанной и *ими* осуществимой свободѣ, тогда, конечно, потребовалась бы *ихъ* воля и ея бы не оказалось. Но такихъ правъ нѣтъ вовсе. Мы говоримъ *объ общей сферѣ свободы для гражданъ*, все равно, спятъ они или нѣтъ въ извѣстную минуту, больны психически или здоровы, въ возрастѣ или въ состояніи дѣтства; а этого понятія права тамъ, гдѣ нѣтъ элемента воли, возможности ея развитія, никогда не получится. Съ неволей, съ принужденіемъ, хотя бы и съ наличностью хорошо сознаннаго интереса, мы не придемъ къ праву, а останемся въ сферѣ рабства, неправоспособности, несвободы,—Ihering, чтобы сбить съ толку оппонентовъ, смѣшалъ вопросъ о побужденіи лица къ дѣйствію съ вопросомъ о самомъ дѣйствіи и реквизитъ дѣеспособности для пріобрѣтенія правъ съ существенными принципами понятія права. Между тѣмъ, необходимость различить эти вещи несомнѣнна. Мы увидимъ далѣе, какъ это различіе проведено Тономъ въ понятіи нормы и субъективнаго права. Въ деталяхъ вопросъ станетъ еще разъ на очередь ниже, въ ученіи о лицахъ и о лицахъ юридическихъ въ особенности.

[1]) Это, какъ видно было выше, совершенно невѣрно. Jus publicum отъ privatum обособлялось уже въ эпоху XII табл.

черту должнаго [1]). Различіе публичнаго и частнаго лежитъ (собственно—должно лежать) не тамъ, гдѣ его видятъ, становясь на эти односторонніе точки зрѣнія, римскую и нашу. Чтобъ познать, гдѣ дѣйствительно частное, гдѣ публичное право, надлежитъ замѣнить эту односторонность воззрѣній и критеріевъ внѣшнимъ признакомъ теоретическимъ, *внутреннимъ обоснованіемъ* этого различія. Для этого надо ветхую храмину римскаго права разобрать сверху до низу, хорошенько перебрать матеріалъ и воздвигнуть вновь на правильныхъ *теоретическихъ* основаніяхъ. Для этого новаго зданія частнаго права надо впередъ опредѣлить, какія права и юридическія отношенія *должны* составить его.

Весь деструктивный планъ Кавелина составляетъ несомнѣнное отраженіе нѣмецкаго Sturmperiode съ тѣмъ существеннымъ различіемъ, что на западѣ вытѣсняютъ чужое право, чтобы дать торжество своему, мы же производимъ эту работу не по національнымъ, а по теоретическимъ соображеніямъ.

Съ такой рѣшительностью рѣдко пишутъ юристы на западѣ ибо воззрѣніе на право какъ на органическое историческое явленіе имѣетъ тамъ гораздо болѣе глубокіе корни, чѣмъ у насъ. Разрушеніе и созиданіе есть постоянный процессъ органической жизни, но это не ломка и притомъ это не ломка, предпринимаемая *по теоретическимъ* соображеніямъ.

Идемъ далѣе. Теперешнее гражданское право, начиная съ основанія, намъ негодно, потому что въ системѣ институтовъ, его составляющихъ, нѣтъ единой связующей основы. Задача наша—открыть эту основу, вѣрнѣе, создать ее, ибо ея нѣтъ въ гражданскомъ правѣ. Гдѣ-жъ ее взять? Тутъ у Кавелина вступаетъ въ силу *другая сторона теперешняго движенія* въ Германіи. Мы видѣли выше, что юристы обращаются, при сравнительномъ изученіи нашихъ и римскихъ институтовъ, къ *экономическому критерію*, къ интересу. У насъ иныя экономическія условія. Наши конструкціи не носятъ характера формализма. У насъ яснѣе матеріальный, экономическій моментъ въ понятіи права. Вотъ эти самыя возраженія фигурируютъ и въ брошюрѣ Кавелина. Но такъ какъ онъ руководится не столько сравнительнымъ, сколько *логическимъ* критеріемъ, то у него оказывается для *новаго* гражданскаго права нужнымъ не изученіе отдѣльныхъ институтовъ, римскихъ и нашихъ, а лишь перенесеніе изъ публичнаго права нѣкоторыхъ матерій въ частное, а изъ частнаго въ публичное.

---

[1]) Тутъ есть очень счастливыя мысли, къ коимъ мы будемъ возвращаться въ ученіи о союзныхъ формахъ нашего пра, о юридическихъ лицахъ въ особенности.

По какому основанію? По основанію логическому, чтобъ было *единство* институтовъ того и другого (публичнаго и частнаго) права.

Что же, спрашиваетъ К., способно дать такое единство институтамъ права частнаго? Отвѣтъ—*имущественный интересъ*, опредѣляющій право. Гдѣ предметомъ права будетъ вещь, услуга, матеріальная цѣнность, тамъ мы имѣемъ право гражданское; гдѣ, стало быть, этого нѣтъ, тамъ публичное.

Мы начинаемъ переноску. Сперва надлежитъ перенесть все *право семейное* въ область публичнаго права. Почему? Потому что оно „не имѣетъ ничего общаго ни съ вещными правами, ни съ правами по обязательствамъ, ни съ юридическими отношеніями по наслѣдованію“ (стр. 134). Это, однако, едва ли справедливо! Семейное право и въ Римѣ и у насъ было и остается въ самой тѣсной связи и съ наслѣдованіемъ, и съ вопросомъ имущественнымъ вообще. Довольно вспомнить одинъ институтъ приданаго... Съ другой стороны, когда же и кто утверждалъ, что строй семьи *весь* принадлежитъ къ области права частнаго или права только? У римлянъ семья составляла всегда сферу права и нравовъ, нѣкогда освященныхъ культомъ. У насъ тоже X т. вовсе не исчерпываетъ семейнаго права, какъ это извѣстно каждому. Что-жъ мы перенесли? Рѣшительно неизвѣстно! Мы срыли, такъ сказать, несуществующую гору. Право семейное никогда не стояло цѣликомъ по сю сторону межи публичнаго и частнаго, а всегда было на межѣ права и нравовъ, никогда не освѣщалось характеромъ простого имущественнаго разсчета, хотя отнюдь не исключало его вполнѣ ни у римлянъ, ни у насъ.

Другая переноска по тому же принципу. „Юридическія отношенія, возникающія по взысканію (не по установленію въ видѣ общей мѣры) податей и денежныхъ повинностей“ и проч., должны быть перенесены въ область права частнаго (стр. 136). Тутъ въ современныхъ законодательствахъ есть разныя непослѣдовательности, въ коихъ главная вина, думаетъ Кавелинъ, падаетъ на римское право. Допустимъ. Но предварительно справка съ Гаемъ или съ указаніями къ нему по учебнику Келлера (Der röm. *Civil*process § 20. Gai. IV. 26—29. 32. Pignoris capio). Оказывается, что *частный искъ* по взысканію aes militare, equestre, hordearium по платежамъ за jumenta (in dapem) и проч. имѣлъ мѣсто въ Римѣ издавна.

Такимъ образомъ, мы начали съ обвиненія римскаго права въ разныхъ нелогичностяхъ и кончаемъ тѣмъ, что обогащаемъ и безъ того тяжелый для насъ процессъ рецепціи чужого еще но-

вымъ актомъ рецепціи, притомъ изъ такого стараго времени, изъ эпохи XII табл.

Мы готовы были бы продолжать переноску, хотя, признаемся, теряемъ довѣріе къ этому процессу. Понявъ буквально имущественный критерій, мы навязали бы себѣ перенесеніе артиллеріи, флота и крѣпостей изъ права публичнаго въ право гражданское.

Мы видимъ въ дальнѣйшемъ вопросы имущественные, рѣшаемые вовсе не гражданскимъ правомъ и судомъ, и неимущественные интересы, вопросъ о законности рожденія, который не рѣшитъ иной трибуналъ, кромѣ цивильнаго или цивильноцерковнаго, если на формѣ брака лежитъ признакъ исповѣдный.

Будемъ ли мы, однако, осуждать Кавелина за эти неудовлетворяющіе насъ результаты его опыта? Далеко нѣтъ. Неудачи могли обусловиться очень различными причинами. Рядомъ съ этимъ невозможно отрицать изумительнаго таланта покойнаго ориентироваться въ вопросахъ самыхъ сложныхъ, требующихъ, при настоящей путаницѣ понятій, большой бдительности для своего уясненія. Сверхъ того, въ призывѣ покойнаго перебрать сверху до низу ветхое зданіе римскаго права, чтобы основательно опредѣлить наше отношеніе къ нему, мы видимъ вполнѣ правильную точку зрѣнія на задачи современной цивилистики.

Обобщенія могутъ неудаваться, быть преждевременными, но разборъ частностей, ихъ внимательное изученіе, сопоставленіе латинскихъ институтовъ съ конструкціями права современнаго есть дѣло самое плодотворное.

Въ послѣднее десятилѣтіе, на нашихъ глазахъ, молодому талантливому нѣмецкому ученому Августу Тону удалось вполнѣ правильно поставить проблему *опредѣленія границы права публичнаго и частнаго*, связать этотъ вопросъ съ рядомъ другихъ, тоже довольно сложныхъ юридическихъ понятій, и приготовить такимъ образомъ почву для ясной постановки и еще дальнѣйшихъ, тѣсно съ этими вопросами связанныхъ, задачъ юриспруденціи.

Вотъ какъ развиваетъ свои мысли Тонъ.

По Ihering'у для понятія права надо *впередъ* поставить Genuss, Interesse. Тонъ вовсе этого не требуетъ. Но когда и тотъ и другой берутъ примѣръ изъ дѣйствительности, то оба оказываются на одной сторонѣ. Примѣръ такой. Государство вводитъ покровительственный тарифъ. Отъ этого прежде всего очень выигрываютъ производители покровительствуемаго продукта. Это ихъ *имущественный интересъ*. Есть ли это, однако, *ихъ частное право?* Для того ли повышена ввозная пошлина, чтобы содѣйствовать *ихъ* обогащенію? Совсѣмъ нѣтъ! Цѣль закона здѣсь

не есть utilitas singulorum. И такъ, чтобы utilitas singulorum стала частнымъ *правомъ*, для этого нуженъ еще формальный признакъ; по Ihering'у этотъ формальный признакъ дается *искомъ* [1]), защитой даннаго интереса лица передъ судомъ. Вотъ тутъ только, *въ сочетаніи частнаго интереса съ частнымъ искомъ*, и образуется понятіе частнаго права. Съ этимъ *существеннымъ* признакомъ формы Ihering подходитъ совершенно близко и къ римскимъ конструкціямъ и къ тому, что находимъ у Тона; но конструкція Тона гораздо законченнѣе, отчетливѣе и проще.

Тонъ вовсе не въ сферѣ экономическихъ проблемъ. Весь вопросъ объ интересахъ, объ имуществѣ, о матеріальныхъ критеріяхъ онъ оставляетъ въ сторонѣ. Его критеріи для построенія юридическихъ понятій суть *формальные*, воля, ученіе Hegel'я. Заслуга Тона въ томъ, что для своихъ построеній *онъ беретъ моментъ не внѣшній для права*, не произвольный, *а внутренній*, необходимый для него, *моментъ нормы*.

Его методъ есть настоящій методъ юриста.

Всякое право есть норма. И такъ, право ветхо- или ново-завѣтное, наше, чужое, продуктъ измышленія и разсчета или нѣтъ, съ матеріальной, формальной окраской,—это все равно, но если оно есть право, то оно должно быть нормой. *Цѣль всякой нормы не есть личная*, частная, и если мы въ правѣ будемъ имѣть въ виду *только это* свойство нормы, этотъ его непремѣнный признакъ, то все право будетъ публичнымъ. Оно все созидается для цѣлей общежитія, а не на встрѣчу имъ. Это *различеніе элементовъ нормы* въ любой юридической конструкціи отъ основаннаго на этой нормѣ *притязанія* хорошо извѣстно всякому юристу изъ самыхъ первоначальныхъ понятій, съ коихъ мы начинаемъ наши догматическіе курсы,—norma agendi и facultas agendi; не менѣе того послѣдовательное провѣденіе этого различенія дается далеко не легко.

Одинъ изъ самыхъ заслуженныхъ пандектистовъ, Алоизій Бринцъ, установляя различіе приватнаго и публичнаго права, называетъ приватнымъ по преимуществу то право, *которому нормы* могутъ быть *отмѣняемы* (derogirbare Satzungen) волей лицъ. Противъ Бринца — ф. Бюловъ. Положеніе Бринца совершенно ошибочное. Такихъ *нормъ*, кои *отмѣнялись* бы волей частнаго лица, нѣтъ вовсе, ни въ публичномъ, ни въ частномъ правѣ. Норма, коей мнѣ предоставляется взыскивать долгъ по

[1]) Понятіе иска и содержаніе понятія притязанія (Anspruch) очень контроверсны въ теперешней литературѣ; мы не касаемся здѣсь этой контроверсы (см. особенно Виндшейдъ Lehrb. d. Pand. § 43, Дернбургъ Pandekten § 39).

обязательству моего должника, есть вполнѣ частно-правная. Я могу не взыскивать этого долга, но этимъ я не *отмѣняю* нормы, а лишь не пользуюсь моимъ правомъ. Отмѣнить этой нормы я не могу никакими актами моей воли, и если бы я вошелъ въ соглашеніе съ кѣмъ либо о непримѣненіи къ нему никогда этой нормы, такое соглашеніе не имѣло бы силы, и при первомъ новомъ обязательствѣ этого лица, я могъ бы потребовать уплаты долга по общей нормѣ. Нельзя дѣйствительнымъ образомъ уговориться съ кѣмъ либо de dolo non praestando (Celsus, l. 23 D. 50 17). Нельзя заранѣе отказаться отъ взысканія убытковъ, которые я могу понести отъ пароходныхъ и желѣзнодорожныхъ предпріятій (ст. 683 п. 3, т. X). Это въ высокой степени характерный для свойства *нормы какъ достоянія* публичнаго, *общаго*, признакъ.

Множество нормъ приватнаго права имѣетъ характеръ *диспозитивный*, т.-е. лицо, коему онѣ даютъ юридическую основу для притязанія, можетъ не пользоваться ими для своихъ цѣлей, но непользованіе и отмѣна, диспозитивность и Derogirbarkeit не одно и то же. Повидимому, Brinz правъ въ виду предоставленной лицамъ возможности завѣщать имущество и этимъ отмѣнять порядокъ преемства по закону. Но и здѣсь легальная норма (si intestatus moritur и проч.) даетъ лицу на волю или завѣщать, или оставить наслѣдство незавѣщаннымъ, стало быть, лицо лишь пользуется или не пользуется предоставленнымъ ему правомъ, а не отмѣняетъ никакой нормы. Еслибъ я отказался разъ навсегда отъ права завѣщать или отъ права кому либо наслѣдовать по закону, то я, для себя, повидимому дерогировалъ бы норму. Но такіе акты, также какъ отказъ разъ навсегда взыскивать по договому обязательству, не входятъ въ сферу юридическихъ сдѣлокъ гражданскаго права и не могутъ помѣшать мнѣ сейчасъ же написать завѣщаніе или принять любое, открывшееся за симъ, наслѣдство въ общемъ порядкѣ закона. И такъ, нѣтъ отмѣняемыхъ актомъ частной воли нормъ, а есть нормы диспозитивнаго характера. Покуда мы знаемъ въ правѣ одно свойство—это норма, и какъ таковое все право есть публичное, jus commune, jus publicum, которое privatorum pactis mutari non potest [1]).

[1]) Вопросъ о нормахъ, ихъ свойствѣ, происхожденіи, примѣненіи, составѣ, дестинатерахъ, составляетъ нынѣ предметъ очень внимательныхъ изслѣдованій частью криминалистовъ, частью цивилистовъ. Понятіе нормы отличаютъ отъ понятія юридическаго положенія (Rechtssatz) и отъ понятія догмы. Самыя юридическія положенія суть или выраженныя, явныя, или еще, такъ сказать, ищущія себѣ выраженія, неоформленныя; молчаливо существующія, скрытыя, въ этомъ смыслѣ latente Rechtssätze (это термины, соотвѣтствующіе понятію обнаруженной и скрытой, потенціальной энергіи, силѣ). Объ этомъ у Ihering'a

Конструкція Тона устраняетъ возможность всякихъ колебаній по этому вопросу. Выдѣливъ понятіе нормы, онъ разбираетъ *составъ* юридическихъ нормъ. Изъ его разбора, анализа нормъ, получаются такіе результаты. Въ составѣ нѣсколькихъ юридическихъ положеній можетъ скрываться одна абстрактная норма. Возьмемъ для примѣра рядъ положеній, ограждающихъ жизнь людей отъ насилія со стороны другихъ. Изъ этого ряда положеній можно извлечь простой императивъ [1]), который будетъ составлять тоже норму обязательную для всѣхъ. Это, положимъ, императивъ „не убей". Для случаевъ нарушенія такого общаго характера императива въ тѣхъ же юридическихъ положеніяхъ можно раскрыть другія нормы, коихъ назначеніе въ томъ, чтобъ стать на мѣсто первыхъ въ виду ихъ нарушенія. И такъ, при нарушеніи взятой выше нормы, норма второго рода (*секундарная*, тогда какъ первая есть *примарная* норма) будетъ состоять, положимъ, въ отмѣнѣ неприкосновенности жизни убійцы. У римлянъ это homo sacer. У насъ это будетъ смертный приговоръ. Тонъ получаетъ изъ такого анализа результатъ важный для об-

---

въ Geist'ѣ. У него же найдете хорошо освѣщеннымъ вопросъ о происхожденіи диспозитивныхъ нормъ. Ихъ пріиски для гражданскаго права суть сдѣлки частныхъ лицъ. Въ такую сдѣлку могутъ быть вносимы элементы чисто фактическаго свойства, вовсе не предусмотрѣнные, а только терпимые, иногда же совсѣмъ неизвѣстные до того въ юридической практикѣ. Изъ этого своего фактическаго, произвольнаго примѣненія такіе элементы сдѣлокъ могутъ, вмѣстѣ съ временемъ, выдти и пріобрѣсти характеръ постоянной принадлежности сдѣлки, характеризовать ея составъ, дать сдѣлкѣ этого состава свойство нормальной, отступленіе отъ коей должно быть оговорено сторонами, если онѣ не хотятъ этого нормальнаго, обязательнаго въ юридической практикѣ этого рода сдѣлокъ, состава. Надъ римскимъ правомъ сдѣлано много такого рода наблюденій. Есть, какъ увидимъ позже, работы такого же рода, и по вопросамъ новоевропейскаго, частью и русскаго права. Существуютъ цѣлые институты юридическіе, вышедшіе изъ такого первоначально фактическаго сочетанія произвольныхъ условій сдѣлки и ставшіе затѣмъ комплексомъ нормъ обязательнаго или диспозитивнаго характера.—Недавно одинъ ученый нѣмецкій юристъ дѣлалъ большія усилія, чтобъ провести разницу между понятіемъ Rechtssatz и догмы. Вся задача походила на ту Haarspalterei, которую осуждаетъ Ihering въ Scherz'ѣ, а между тѣмъ цѣль была бѣдовая. Догма-де есть ничего болѣе какъ *ученіе*, положеніе учительное, а Rechtssatz—приказъ. На мѣсто одного *ученія* можетъ стать другое потому только, что оно вѣрнѣе первое. Съ Rechtssatz'омъ — совсѣмъ иное дѣло. Но что-жъ отсюда слѣдуетъ? Вотъ что: мы приняли (реципировали) римское право. Въ немъ есть Rechtssatz'ы и есть догмы. Rechtssatz'ы обязательны, а по отношенію къ догмамъ мы можемъ предпринять Ausstossungsprocess en masse. Остается, стало быть, изобрѣсть что нибудь лучше римскихъ догмъ. Это дѣло, конечно; но надо, чтобъ о достоинствѣ изобрѣтеній судили не сами изобрѣтатели.

[1]) Тутъ, какъ и въ дальнѣйшемъ, у Тона видимъ абстракціи тѣ же, что у римлянъ. Модестинъ (L. 7. D. de leg. 1. 3) говоритъ: legis virtus haec est: imperare, vetare (у Тона далѣе дѣленіе императивовъ на Gebot и Verbot), permittere, punire. У Iher., для современ. культуры права, впередъ должно быть поставлено punire, потомъ, быть можетъ, vetare, и во всякомъ случаѣ *сознаніе обязательности* ни при чемъ во всемъ строеніи права „для близоруких".

щихъ его юридическихъ воззрѣній, результатъ очень цѣнный, ибо онъ признаетъ свойство нормы юридической за нормой примарной, *независимо отъ вопроса о принужденіи*, потому только, что и она *сознается* какъ общеобязательная, потому что въ ней выражена всеобщая воля. Не недостатокъ насильственныхъ мѣръ, а недостатокъ общей воли, общности сознанія обязательности нормъ лишаетъ международное право той эффектности, какую имѣютъ нормы въ кругахъ болѣе тѣсныхъ.

Что эти конструкціи Тона неизмѣримо выше строеній права у Ihering'a, что мысль Тона обнимаетъ собою массу явленій, которыя у Ihering'a остаются внѣ сферы права, каковы нормы права церковнаго, корпоративнаго, нормы права обычнаго, и что сверхъ того только въ ней способна найти себѣ примиреніе измѣнчивость состава юридическихъ институтовъ въ процессѣ историческомъ—это не подлежитъ никакому сомнѣнію [1]). Но эта сторона дѣла для насъ есть менѣе близкая здѣсь, чѣмъ слѣдующая за симъ попытка этого ученаго построить на этомъ анализѣ тѣ признаки, коими опредѣляется граница публичнаго и частнаго права.

Переходя къ этому пункту его ученія, мы видимъ, что Тонъ въ моментѣ нормы не видитъ ничего даннаго для такого различія. Всякая норма, и стало быть, все право есть общая воля (communis reipublicae sponsio) [2]). Не по лицамъ, къ коимъ онѣ обращены, не по интересамъ, которые ими ограждаются (интересъ можетъ быть имущественнымъ и не быть частнымъ, можетъ касаться очень близко лица и не быть только его личнымъ; интересъ частный и публичный являются часто въ самомъ близкомъ и неразрывномъ сцѣпленіи), а *по особому формальному признаку возможно* въ любомъ комплексѣ нормъ *опредѣлить принадлежность данной нормы къ сферѣ приватнаго или публичнаго права.* Этотъ признакъ опредѣляется такъ. За нарушеніемъ нормы слѣдуетъ извѣстная реакція. Въ массѣ случаевъ такая реакція будетъ исходить непосредственно отъ органовъ, ограждающихъ публичные, общіе, всѣмъ одинаково близкіе интересы Но возможны условія, гдѣ огражденіе нарушенныхъ нормъ права вовсе не вызываетъ непосредственно такой реакціи. Противодѣйствіе этому нарушенію ставится въ зависимость отъ воли заинтересованнаго.

---

[1]) Подробное разъясненіе въ курсахъ энциклопедіи.

[2]) Papinianus L. 1 D. de leg. 1. 3. Тутъ же, въ рядѣ другихъ мѣстъ, свойство права какъ нормы, norma agendi, безпрестанно встрѣчается въ источникахъ. Это commune praeceptum ibid; тоже Ульпіанъ jura... generaliter constituuntur L. 8 D. h. t.; по Юліану—это judicium populi. L. 32 D. h. t. Содѣйствуя, восполняя, исправляя старую систему нормъ преторы, сановники вообще вырабатывали свои эдикты propter utilitatem *publicam*, хотя ими ограждались интересы частныхъ лицъ L. 7 § 1. D. de I. et I.

Не государство поднимается само на защиту потерпѣвшаго, когда N не заплатилъ ему долга, занялъ часть принадлежащей ему земли подъ постройку, перешелъ предѣлы дозволеннаго въ сближеніи съ его женой. Нормы права, ограждающія силу обязательствъ, неприкосновенность вещныхъ правъ, чистоту семейныхъ нравовъ, существуютъ для всѣхъ и каждаго, но интересъ, ими огражденный, есть въ той мѣрѣ личный для каждаго, что *притязаніе къ защитѣ нормы* можетъ, безъ всякой опасности для права, быть предоставлено самому заинтересованному. Вотъ этотъ *диспозитивный характеръ огражденія юридическихъ нормъ* и опредѣляетъ собою особенность извѣстной группы нормъ и даетъ имъ свойство частно-правныхъ.

И такъ, мы будемъ имѣть юридическія нормы, юридическіе институты права приватнаго, и по этому признаку *частнаго притязанія* лица къ лицу, лица единичнаго къ лицу коллективному, къ самой казнѣ, и обратно,—мы будемъ судить о свойствѣ права, о свойствѣ дѣла гражданскаго, или публичнаго.

До какой степени этотъ признакъ есть простой и осязательный, это видно изъ того, что старая наша практика, очень далекая отъ всякихъ аналитическихъ пріемовъ истолкованія природы правъ частныхъ и публичныхъ, ощупью, такъ сказать, подошла очень близко къ нему въ своей дѣловой терминологіи [1]). Въ актахъ прошлаго вѣка мы безпрестанно встрѣчаемъ противоположеніе дѣлъ *общенародныхъ, криминальныхъ и челобитчиковыхъ*, или общенародныхъ, *интересныхъ* (*связанныхъ съ интересомъ казны*) и челобитчиковыхъ. Полнаго соотвѣтствія понятія дѣла челобитчикова и права частнаго нѣтъ у насъ, нѣтъ, какъ увидимъ, и въ западныхъ ученіяхъ, но отмѣтить чуткость нашей практики къ тѣмъ-же признакамъ, къ коимъ приводятъ насъ теперешнія нѣмецкія ученія, конечно, любопытно [2]).

Въ послѣднее время этотъ *чисто юридическій методъ* различенія сферы права частнаго и публичнаго даетъ въ нѣмецкой и въ нашей литературѣ поводъ къ двоякому недоразумѣнію.

---

[1]) Возьмите изъ разныхъ эпохъ по 1-му Полн. Собр. №№ 2786, 4050, 7951, 9647. Первый указъ говоритъ о должности фискала и перечисляетъ разныя дѣла, а въ п. 3 указываетъ вообще: тако-жъ и прочія *дѣла народныя по коимъ нѣтъ челобитчиковъ*. Очень важное различеніе интересовъ частныхъ и публичныхъ даютъ въ разныхъ мѣстахъ межевыя инструкціи прошлаго вѣка, о чемъ позже. Первоначально это были понятія заимствованныя (см. № 3534, Генер. реглам., гдѣ толков. иностр. реченій, стр. 160 по тексту П. С., „публичные—всенародные, приватные—частные"), но съ ними вполнѣ освоились и дали дѣламъ частнымъ названіе *челобитчиковыхъ*.

[2]) О томъ, по какимъ ступенямъ шло въ нашей исторіи обособленіе права частнаго и публичнаго и отдѣльныхъ институтовъ того и другого права, мы будемъ говорить въ своемъ мѣстѣ.

Спрашиваютъ, во-первыхъ, почему требуется именно искъ, частное притязаніе, чтобъ опредѣлился характеръ извѣстной нормы какъ гражданской? Развѣ до правонарушенія, до того времени, когда возникъ искъ, свойство права какъ частнаго вовсе ни къ чемъ не видно? Это чистое недоразумѣніе. Требованіе искового притязанія составляетъ здѣсь какъ бы фокусъ, въ коемъ собираются характерныя для права частнаго лучи преломленія. Не слѣдуетъ отсюда заключать, что гдѣ *нѣтъ правонарушенія* и *пока не возникло исковое притязаніе*, до тѣхъ поръ вовсе нельзя и угадать права частнаго. Это прямое непониманіе дѣла. Независимо отъ правонарушеній и прежде всякихъ исковъ, частное правоотношеніе получаетъ свою юридическую извѣстность (моментъ возникновенія), утверждается въ своей силѣ (укрѣпленіе), гарантируется въ своемъ осуществленіи (разными способами) и проч. все же по иниціативѣ заинтересованнаго. Независимо отъ его почина, оно легко потеряетъ извѣстность, осуществимость, перейдетъ на степень притязанія иного типа, не только не цивильнаго, но вовсе не юридическаго. И такъ, во множествѣ признаковъ, вполнѣ независимо отъ наличности правонарушенія или искового притязанія, во всемъ строѣ правоотношенія и института видна его цивильная складка; но нигдѣ, натурально, чисто юридическая, и именно цивильная физіономія правоотношенія не выразится такъ полно и рельефно, какъ въ исковомъ притязаніи. Реквизитъ иска обозначаетъ только это и ничего болѣе.

Другое недоразумѣніе еще болѣе любопытное. Спрашиваютъ, во-вторыхъ, если этимъ признакомъ частнаго иска опредѣляется свойство права (правоотношенія, нормы, института) какъ частнаго, то *отъ кого-же*, или *отъ чего* будетъ зависѣть дать въ одномъ случаѣ эту охрану, частный искъ, въ другомъ другую, публичную защиту. Критерій, коимъ слѣдуетъ руководиться въ этихъ вопросахъ, долженъ быть извѣстенъ заранѣе. Какъ же его найти?

Для дѣйствующей системы, различіе способовъ огражденія нормъ можетъ быть объяснено положительнымъ авторитетомъ нашего закона. Мы, наше законодательство, наша практика разсматриваетъ такіе-то институты, какъ частные. Въ силу этого и иски для осуществленія нарушенныхъ правъ не могутъ быть иными, какъ частными. Основу, стало быть, составляетъ позитивный авторитетъ законодателя, судебныхъ органовъ и проч. Это натурально, такъ и бываетъ тамъ, гдѣ мы имѣемъ дѣло съ развитой догмой и отношеніемъ къ ней отдѣльныхъ притязаній. Кто ссылается въ судѣ на дѣйствующую норму, fundatam habet intentionem in jure.

Мы, однако, не въ правѣ останавливаться на этомъ одномъ въ вопросѣ научнаго интереса. Для права, особенно для права гражданскаго и для судебнаго осуществленія частныхъ притязаній, послѣднее основаніе не можетъ лежать въ положительномъ авторитетѣ закона, суда, и ни въ чемъ болѣе... Если это не есть эфемерная, вымышленная система, а продуктъ историческаго развитія національнаго правосознанія, тогда немыслимо базировать свойство частнаго притязанія на такомъ чисто-внѣшнемъ, произвольномъ факторѣ. Основаніе должно лежать гдѣ-то глубже. Собственно здѣсь только и возникаетъ вопросъ: почему, по какой *постоянной* причинѣ, въ данномъ юридическомъ быту законодатель, судъ, система дѣйствующихъ нормъ даетъ нѣкоторой категоріи институтовъ свойство цивильныхъ, нѣкоторой категоріи исковъ характеръ приватныхъ притязаній? Для этого должна существовать основа не внѣшняя (lex ita scripta est), а *внутренняя*, которая и опредѣляетъ собою волю законодателя, направленіе практики. Вотъ чего отъ насъ требуютъ! Мы должны указать эту *внутреннюю причину* или основу обособленія гражданскихъ исковъ и нормъ. Она, говорятъ намъ, должна лежать *въ существѣ* самого отношенія, а не въ способахъ защиты нормъ. И такъ, утверждая, что въ искѣ лежитъ постоянный и вѣрный признакъ свойства самого права, Вы дескать не отвѣчаете на вопросъ, а лишь уклоняетесь отъ отвѣта.

Нѣкоторые нѣмецкіе (Бирлингъ), а за ними и отечественные цивилисты прибѣгаютъ къ любопытному сравненію, чтобъ иллюстрировать фальшь пріема, котораго мы держимся. Если намъ надлежитъ опредѣлить или различить органы или отправленія въ составѣ или въ жизни извѣстнаго организма, то, натурально, мы будемъ для этого искать признаковъ, лежащихъ въ существѣ, въ природѣ этихъ органовъ, а не въ лѣкарствахъ, къ которымъ прибѣгаютъ, чтобы возстановить ихъ функціи. Органы и отправленія составляютъ аналогію нормъ, правоотношеній, а иски—лѣкарствъ.

Очевидно, подъ *лѣкарствами* юристы (Бирлингъ и его послѣдователи) на сей разъ разумѣютъ *внѣшнія* средства, къ коимъ прибѣгаютъ въ случаѣ болѣзни. Если бы это не были лѣкарства подобнаго рода, а цѣлебныя силы самого органа, которыя ведутъ къ возстановленію его нормальнаго состоянія или его отправленій, то аналогія не послужила бы къ обличенію ошибочности нашего метода, но была бы несомнѣнно ближе къ дѣлу, ибо цѣлебныя силы самого организма не суть свойства внѣшнія, а внутреннія, коими опредѣляется самъ организмъ и его особая природа (такъ теперь Marcel Planiol).

Но независимо отъ этого, составляетъ ли въ самомъ дѣлѣ искъ нѣчто для права внѣшнее, нужное только на случай болѣзни, какъ лѣкарство для организма, или исками не внѣшнимъ, а *внутреннимъ* образомъ опредѣляется самое существо нормы *юридической*, именно внутренняя ея природа?

Виды нашихъ оппонентовъ не трудно раскрыть: формальные реквизиты для права они не считаютъ существенными, ихъ цѣль въ томъ, чтобъ привести насъ *къ матерьяльной* его основѣ, къ пользованію (Genuss, Ihering), къ матерьяльному разсчету, который имѣетъ стать впередъ (германисты), къ имуществу (Кавелинъ). Мы видѣли выше, что этотъ *неюридическій* критерій не даетъ никакого результата. Можетъ быть налицо Genuss, но при этомъ можетъ не быть права [1]) (Reflexwirkungen у Ihering'a). Можетъ быть налицо матерьяльная выгода (покровительственный тарифъ для внутреннихъ производителей), но не быть иска для огражденія этого интереса противъ убытковъ. Можетъ не быть налицо никакого матеріальнаго интереса (мое имя, которое присваиваетъ себѣ другой, принадлежность мнѣ авторства въ художественномъ, литературномъ произведеніи, la recherche de la paternité, притязаніе къ наслѣдству, обремененному долгами) и, однако, имѣть мѣсто искъ, чисто частный по своему строенію. И такъ, никакими *неюридическими* признаками мы не хотѣли бы опредѣлять право по существу. Въ этихъ матерьяльныхъ моментахъ могутъ лежать самыя явныя *побужденія*, самыя несомнѣнныя *цѣли* юридическихъ конструкцій, но *право* не въ нихъ, не въ матерьяльномъ моментѣ, такъ же не въ цѣли, а именно въ моментѣ формальномъ, въ нормѣ, въ искѣ, въ волѣ лица.

Если поставленъ вопросъ объ отношеніи иска къ нормѣ, то мы утверждаемъ, что въ искѣ не средство только для возстановленія права, а внутренній характерный его признакъ. Но этимъ мы не можемъ ограничиться. Вопросъ о томъ, почему извѣстной категоріи нормъ свойствененъ извѣстный искъ (частный), другимъ— другой, остается все еще открытымъ.

Чтобы правильнымъ образомъ и соотвѣтственно существу дѣла объяснить себѣ отношеніе иска къ нормѣ, нельзя ограничиваться опредѣлившимся въ извѣстныхъ бытовыхъ условіяхъ повелитель-

[1]) Я совсѣмъ хозяиномъ чувствую себя въ саду противъ моего окна, хотя садъ публичный, но съ управляющимъ мы давно друзья, онъ цѣнитъ мой вкусъ и познанія, и я не только пользуюсь, но даже распоряжаюсь посадками.—Я слушаю въ самое удобное для меня время музыку изъ сосѣдняго сада.—Мнѣ свѣтитъ на лѣстницѣ свѣтъ сосѣдняго фонаря. Вездѣ Genuss, но вездѣ Genuss фактическаго характера. Когда смѣнили управителя сада, погасили не во время фонарь и причинили мнѣ не только неудобства, но и убытки—искать не съ кого и нечего, ибо *правъ* у меня нѣтъ никакихъ.

нымъ отношеніемъ закона къ суду. Надо идти глубже, въ область живыхъ историческихъ процессовъ, а не отвердѣвшихъ до извѣстной степени бытовыхъ формъ правосознанія... Необходимо присмотрѣться къ процессамъ образованія юридическихъ нормъ не только въ прошлыя эпохи, но и въ явленіяхъ текущаго праворазвитія. Составляютъ ли *нормы* права, положимъ, права частнаго, первичное явленіе, prius, за которымъ слѣдуютъ исковыя средства осуществить нарушенную норму, какъ posterius, или наоборотъ? Достаточно возстановить въ памяти картину образованія гонорарнаго права, давшаго главную основу всей системѣ институтовъ jurіs gentium, чтобъ имѣть отвѣтъ на вопросъ. Здѣсь искъ представляетъ собою тотъ моментъ, когда норма права еще, такъ сказать, зарождается въ юридическомъ сознаніи сторонъ и сановника. Здѣсь никакъ нельзя утверждать, что искъ есть средство возстановить нарушенную норму. Наоборотъ, искъ является здѣсь средствомъ дать неопредѣлившемуся еще въ общемъ юридическомъ сознаніи притязанію истца юридическую опредѣленность и судебную защиту [1]).

Въ этомъ видѣ, въ видѣ *притязаній истца*, обнаруживается зародышъ послѣдующей нормы, существующій пока на степени субъективно сознаваемаго права, коему преторъ даетъ въ конкретномъ случаѣ евентуальную охрану. Абстрактная норма права выдѣлится и объектируется изъ этого сочетанія лишь впослѣдствіи, и тогда она будетъ служить окрѣпшей и постоянной основой исковыхъ притязаній. До этого выдѣленія норма права такъ сказать сливается, сосуществуетъ съ искомъ. Правосознаніе здѣсь находится на степени субъективнаго. Право я сознаю только какъ свое право. Обособленіе нормы права отъ права въ субъективномъ смыслѣ будетъ составлять уже послѣдующую стадію зрѣлости юридическаго сознанія.

У Ihering'a, въ его раннихъ трудахъ (особенно въ Geist'ѣ), и въ нѣкоторыхъ послѣдующихъ (Kampf ums Recht) читатель найдетъ много страницъ, прекрасно освѣщающихъ эту первоначальную фазу развитія правосознанія въ человѣческихъ обществахъ.

Мы останавливаемся на этомъ явленіи здѣсь, чтобъ показать, насколько ошибочно воззрѣніе на искъ какъ на нѣчто для права

---

[1]) Гай, опредѣленіе интенціи (IV, 41). Это относится, натурально, не только къ позиціи истца, а совершенно также и къ отвѣтчику, разъ excipiendo онъ становится въ положеніе истца. Въ виду этого притязаніе вѣрителя въ натуральномъ обязательствѣ будетъ имѣть юридическій характеръ, свойство частнаго права, хотя натуральное обязательство не даетъ иска для его осуществленія.

внѣшнее, не опредѣляющее его по существу. Живыя явленія правосознанія въ прошлой исторіи права и въ текущихъ процессахъ праворазвитія, несомнѣннымъ образомъ свидѣтельствуютъ намъ, что искъ есть именно первообразъ субъективно-сознаваемаго права какъ нормы.

И такъ, искъ не есть нѣчто внѣшнее для права, подобно лѣкарству отъ болѣзни, а наоборотъ, нѣчто по существу связанное съ самой нормой, съ самимъ правомъ, до такой степени присущее ей, что предъявляя его, мы призываемъ, такъ сказать, къ дѣйствію внутреннія, въ самой нормѣ лежащія цѣлебныя силы для возстановленія всей ея здоровой энергіи.

Какъ-же, засимъ, отвѣтить на вопросъ, *отъ кого, или отъ чего* зависитъ дать охрану одной нормѣ помощью иска частнаго, предоставленнаго на волю заинтересованному, а другой нормѣ помощью иска публичнаго?

Отвѣтъ, сколько кажется, совершенно простой. Надо только раскрыть, какъ данная норма слагалась исторически. Если она исторически слагалась подъ дѣйствіемъ автономныхъ приватныхъ сдѣлокъ, подъ постояннымъ вліяніемъ приватныхъ притязаній для поддержки субъективно сознаваемыхъ правъ, тогда, натурально, и впослѣдствіи, когда объективное сознаніе права стало общесознанной нормой, ее *слѣдуетъ, согласно ея исторической природѣ* и совершенно независимо отъ ея содержанія (Genuss, имущество, или иное что), ограждать частнымъ искомъ. Это будетъ норма, это будетъ институтъ приватнаго права, и для *даннаго* юрическаго быта, мы угадаемъ это по иску, который служитъ для ея огражденія и который основанъ на ея внутреннихъ свойствахъ, лежитъ въ ея *юридической* природѣ [1]).

---

[1]) Есть писатели, которые упрекаютъ Авг. Тона въ томъ, что онъ далъ въ своемъ трактатѣ (Die Rechtsnorm und das subject. Recht) нормѣ, объективному праву значеніе повелительное по отношенію къ субъективному праву (Гирке, Deutsch. Pr. Recht, стр. 252, пр. 3). Тутъ возможна нѣкоторая односторонность, но и задача его заключалась только въ томъ, чтобы *въ данномъ* правопорядкѣ, гдѣ норма и притязаніе уже обособились, опредѣлить свойство одной нормы, какъ частно-правной, другой, какъ публично-правной. Онъ на этомъ остановился. Ему не приходилось въ ту пору отвѣчать на сомнѣнія, вызванныя этой постановкой ученія. Дернбургъ, 5 изд. т. 1, § 39, Гирке § 27, стр. 252, сколько кажется, близки къ поддерживаемому здѣсь взгляду, опредѣлившемуся въ разныхъ своихъ чертахъ, много прежде, въ трудахъ Ihering'a, особенно въ раннихъ его работахъ, вполнѣ попранныхъ послѣдующими его-же конструкціями, въ коихъ право перестаетъ быть само себѣ цѣлью, а становится средствомъ для внѣшнихъ цѣлей, за что Ihering въ свое время былъ причисленъ Эмилемъ Кунце къ лику сабиніанцевъ. Въ духѣ старыхъ работъ Ihering'a авторъ этихъ Чтеній изслѣдовалъ, много лѣтъ назадъ, условія правообразованія въ древней Россіи въ сочиненіи Источники правъ и Судъ въ древней Россіи. Москва, 1869 г. Нынѣ проф. Ѳ. И. Леонтовичъ въ сочиненіи Старый земскій обычай, Одесса, 1889 г., съ цѣлой массой данныхъ, близко касается тѣхъ же

Мы на этомъ останавливаемся. Можно, натурально, идти еще дальше въ изслѣдованіи отношенія иска къ нормѣ. Можно задаться вопросомъ, чѣмъ же условливалось въ эти первоначальные для развитія нормы моменты, сознаніе такого-то притязанія какъ частнаго? Отвѣтъ мы получимъ изъ тѣхъ бытовыхъ данныхъ, экономическаго, соціальнаго, умственнаго, нравственнаго и т. д. строя эпохи, подъ вліяніемъ которыхъ находились, жили и дѣйствовали люди и общества, въ ту пору работавшіе на защиту своихъ интересовъ и правъ. Но здѣсь мы уже у предѣла собственно юридическихъ изысканій, ибо изслѣдованіе этихъ общихъ бытовыхъ условій дѣйствительно не есть дѣло юриста, а дѣло историка культуры вообще.

Мы пришли, такимъ образомъ, къ разумѣнію предѣловъ нашихъ штудій въ области гражданскаго права.

Но что, однако, это за *предѣлы?* Кавелинъ говоритъ намъ, что между правомъ публичнымъ и частнымъ *нельзя проводить китайской стѣны* (стр. 4), разумѣя подъ этимъ, натурально, что переходы изъ одной области въ другую совершенно возможны; мы прибавимъ — и часто очень мало чувствительны, очень мало осязательны. Съ другой стороны, у Кавелина тоже мы встрѣтимъ такія общія соображенія: успѣхи гражданской образованности измѣряются постепеннымъ *одухотвореніемъ государственныхъ элементовъ и расширеніемъ круга правъ частныхъ* (стр. 62).

Итакъ, ни въ какой догмѣ вы не найдете границы права частнаго и публичнаго обозначенными непереходимой чертой и, съ другой стороны, время, успѣхи культуры приносятъ здѣсь такія видоизмѣненія, что въ одномъ и томъ же исторически данномъ

проблемъ историческаго правовѣдѣнія. Идею первообраза правосознанія или нормы въ видѣ правосознанія субъективнаго Гирке выражаетъ по своему въ такой тезѣ: subjectives und objectives Recht sind *gleich ursprünglich*, тамъ же, стр. 252. гдѣ въ примѣч. 3 и, на слѣд. стр., въ 6-мъ, даны указанія на контроверзныя мнѣнія видныхъ нѣмецкихъ писателей по этому пункту. Насколько вопросъ живой, можно судить по перемѣнамъ текста § 39 въ 1-мъ и въ 5-мъ изд. у Дернбурга въ Пандектахъ.—Въ школѣ гегельянской моментами опредѣляющими образованіе права, были выставлены начала свободы и необходимости. Противъ этого трудно что-либо сказать, кромѣ развѣ того, что оба понятія спускаясь съ философскихъ высотъ такъ сказать вполнѣ готовыми и мало приноровленными къ земнымъ интересамъ и заботамъ, не носятъ на себѣ слѣдовъ практической дѣйствительности. Ihering, въ формахъ потѣшныхъ и мѣстами весьма удачныхъ, трактуетъ въ своемъ Scherz и Ernst эту Begriffsjurisprudenz, которая боится прикасаться праха и земныхъ заботъ людей. И такъ, противъ существа этихъ факторовъ образованія права нельзя сказать ничего. Но мы, въ самомъ дѣлѣ, приблизимъ *понятіе* права, особенно права частнаго, къ дѣйствительности, если начало необходимости въ его составѣ замѣнимъ моментомъ юридической нормы, юридическаго института, права въ объективномъ смыслѣ, а начало свободы моментомъ юридической самодѣятельности лица, осуществленія субъективнаго правосознанія въ юридическомъ дѣйствіи, особенно въ искѣ.

правѣ, скажемъ, въ римскомъ, въ русскомъ, въ разныя эпохи предѣлы цивильнаго и публичнаго права не одни и тѣ же.

Возможно ли, въ виду этого, ставить отвлеченно вопросъ о постоянномъ, необходимомъ разграниченіи того или другого права въ любыхъ условіяхъ? Конечно, нѣтъ. Въ обзорѣ всемірно-историческихъ явленій, данномъ выше, мы убѣдились достаточно, что *самое это различіе составляетъ чисто-историческую категорію.*

Затѣмъ, въ каждой данной культурѣ права, между типами рѣзко обозначившагося противоположенія всегда найдутся типы институтовъ переходнаго характера. Der Organismus des Rechts beruht demnach gleichsam auf zwei Polen, — говоритъ проф. Дернбургъ,—dem Individualismus und dem Socialismus. Смыслъ тотъ, что все право имѣетъ задачей примиреніе двухъ противолежащихъ стремленій—къ особности и къ общности, и дѣйствительное примиреніе этихъ стремленій въ отдѣльныхъ юридическихъ институтахъ даетъ различіе двухъ областей права, публичной и частной. По идеямъ Оскара ф. Бюлова возможно установить въ отдѣльныхъ институтахъ не только эти, такъ сказать, полярныя теченія, но и еще много точнѣе, подобно измѣреніямъ метеорологическимъ, среднія направленія, смѣшанныя, съ преобладаніемъ публичнаго или частнаго права, не просто, стало быть, pbl. и prv., а pbl. pbl. prv., prv. prv. pbl. и проч.

Преобладающія стремленія того или другого рода свойственны извѣстнымъ странамъ, извѣстнымъ культурамъ права, историческимъ періодамъ этой культуры, измѣнчивымъ во времени.

Для уясненія дѣла примѣромъ можно взять явленія разнаго времени въ исторіи права, различныхъ системъ права у разныхъ народовъ, даже разныхъ сферъ (чтобъ остаться въ томъ же образѣ выраженій, какого держится Дернбургъ) права въ одно и то же время и у одного и того же народа.

Если мы возьмемъ за признакъ частнаго права искъ лица, направленный къ огражденію нормъ въ его интересѣ, то окажется, что въ Римѣ и въ Англіи подъ этотъ признакъ подойдетъ кругъ явленій неизмѣримо болѣе обширный, чѣмъ у французовъ, у нѣмцевъ, у насъ. Actio popularis у римлянъ, *Qui tam* actions у англичанъ [1]) суть иски, въ коихъ каждое частное лицо jure civitatis ограждаетъ свои и публичные интересы, неся

[1]) Для этихъ понятій и сопоставленій см. ст. Брунса въ Kleinere Schriften, т. I, стр. 313, тоже въ Zeitschr. für Rechtsgeschichte (замѣнившей въ началѣ 60-хъ год. прежній журналъ Савиньи), т. III, стр. 341 и слѣд. Къ этимъ вопросамъ будемъ имѣть случай вернуться позже. Англійское названіе *Qui tam* происходитъ, какъ во многихъ др. случаяхъ, отъ начальн. словъ закона: Qui tam pro domino rege, quam pro se ipso, in hac parte sequitur...

въ себѣ самомъ энергію, нужную для огражденія не себя только, но въ своемъ лицѣ и каждаго заинтересованнаго. Это искъ частный, а интересъ, имъ ограждаемый, не есть только особый, мой, челобитчиковъ. Строй этого частнаго иска не тотъ, конечно, что строй исковъ, предоставленныхъ на усмотрѣніе лицъ. Нѣтъ. Если тутъ я взялся за дѣло и не довелъ защиты до конца, то всякій другой становится на мое мѣсто такимъ же хозяиномъ иска, какимъ былъ я, овладѣваетъ этимъ же средствомъ для той же цѣли. *Тутъ есть челобитчикъ, есть челобитчики, но искъ не челобитчиковъ, не принадлежитъ ему*, какъ искъ объ огражденіи его личнаго имущества, хотя доля имущественнаго интереса можетъ принадлежать именно и лично ищущему. Что-жъ это за иски? У римлянъ это иски съ широкимъ приложеніемъ частью въ области криминальнаго права, частью для огражденія пользованія вещами съ публичнымъ назначеніемъ. Преимущественно въ области криминальнаго права эти иски развились въ Англіи въ видѣ частнаго обвиненія по дѣйствіямъ преступнымъ. Въ вопросѣ, который мы назвали бы чисто-публичнымъ, тамъ допускается сильный элементъ частно-правный, вознагражденіе, *личный интересъ*, какъ поощреніе къ дѣятельности въ публичныхъ цѣляхъ. Это часто очень опасная комбинація, но практичность ея условлена въ названныхъ системахъ именно живостью общественнаго сознанія въ отдѣльныхъ людяхъ. Тотъ же самый предметъ, тотъ же интересъ—пользованіе вещами публичными, огражденъ совершенно иначе въ законодательствѣ французскомъ, прусскомъ, австрійскомъ и нашемъ. Вездѣ въ этихъ системахъ вы встрѣтите слѣдующаго рода построеніе для защиты пользованія вещами публичными. Я беру примѣръ прусскаго Landrecht'a: Die Land und Heer-Strassen, die von Natur schiffbaren Ströme, das *Ufer des Meeres* und die Häfen sind ein gemeines Eigenthum des Staats (Allg. Landrecht, Th. II, Tit. 14, § 21). У франц. тоже см. art. 537 и слѣд. У насъ (какъ увидимъ) близко къ французскому, но съ несомнѣннымъ смѣшеніемъ понятій по существу различныхъ (ст. 406 и слѣд.). Во всѣхъ, однако, континентальныхъ кодексахъ начало одно. Вещи публичныя, назначенныя для пользованія всѣхъ, составляютъ *собственность* государства, а государство *предоставляетъ* пользованіе ими отдѣльнымъ лицамъ. Посему въ случаяхъ, гдѣ такому пользованію было бы неправильно положено препятствіе, для устраненія его нужно дѣйствіе административныхъ органовъ, а не частный искъ. Конструкція совершенно консеквентна, ибо пользованіе здѣсь разсматривается только какъ *уступленное* собственниковъ, стало быть, производное отъ государства

право, а не принадлежащее непосредственно каждому jure civitatis.

Вотъ разныя сочетанія публичнаго и частнаго съ преобладаніемъ того или другого элемента въ данномъ институтѣ въ разныхъ системахъ.

Легко демонстрировать измѣненіе, расширеніе, съуженіе области права частнаго, resp. публичнаго, въ разныя эпохи. Мы объ этомъ будемъ имѣть случай говорить. Укажемъ здѣсь на любопытный образецъ несвойственнаго никакой системѣ, допускающей обособленіе права публичнаго и частнаго, расширенія правъ частныхъ въ нашемъ остзейскомъ мѣстномъ кодексѣ. Въ числѣ правъ частныхъ, гражданскихъ, въ 1864 году, тамъ занесено исключительное право собственника прибережнаго участка земли на морской берегъ [1]), на самое море и притомъ безъ всякой обязанности частнаго владѣльца къ государству или къ обществу, соотвѣтствующей особенности этого права. Ст. 1029 говоритъ: „Въ Эстляндіи собственники имѣній, находящихся у морскихъ береговъ, не имѣютъ обязанности оставлять свободнымъ бечевникъ и въ правѣ пользоваться всѣмъ побережьемъ *неограниченно* и *исключительно*“. Ст. 1032 даетъ имъ же *исключительное* на протяженіи 3-хъ верстъ отъ берега моря право рыбной ловли [2]). Ничего подобнаго нѣтъ ни въ одномъ *гражданскомъ* кодексѣ. Явленія такого рода могли имѣть мѣсто въ ту эпоху, когда собственникъ былъ въ то же время господиномъ, Landesherr'омъ, сеньоромъ, а не частнымъ лицомъ. Такое право частнаго лица (не пустить высадиться на берегу моря, какъ оно можетъ не пустить въ свою гостиную) не есть гражданское право, и систематическое мѣсто, данное этой статьѣ въ названномъ сводѣ, есть ошибочное. Если бы это не была ошибка [3]), то мы въ правѣ были бы сказать, что стремленіе къ индивидуализму нигдѣ не достигало этого предѣла, что тамъ, въ Остзейскомъ краѣ, именно полюсъ индивидуализма, прямо противолежащій самымъ элементарнымъ условіямъ всякой

---

[1]) Ср. сейчасъ приведенную прусскую статью.

[2]) Подъ статьями сдѣлана ссылка на резолюцію эст. ген.-губ. и на обычай (чей?), признан. указами Прав. сената.

[3]) Утверждая это, мы вовсе не настаиваемъ, чтобъ и въ основаніи тутъ тоже была ошибка. Въ одномъ изъ недавнихъ кас. рѣш. (84 г., № 53) сенатъ указалъ намъ въ какихъ разсчетахъ заинтересованные давали иногда видъ частной собственности имуществамъ, вовсе таковой не представлявшимъ (стр. 263 указ. тома). Кто скажетъ, чтобъ и тутъ не было своего рода разсчета? Занести въ разрядъ правъ гражданскихъ указанное здѣсь право удобно по тому соображенію, что частныя права, при ихъ уничтоженіи, подлежатъ собственно выкупной операціи. Вотъ и тема—государство *выкупаетъ* морской берегъ и 3 версты моря у частнаго собственника! Историческую основу этого права составляетъ концессія мѣстнаго губернатора!

общественности (ср. для римскаго права § 5 I. de rer. divis. 2, 1, гдѣ jure gentium берега моря предоставлены публичному пользованію).

Но и въ различныхъ сферахъ одного права русскаго возможно отмѣтить очень различное сочетаніе элементовъ публичнаго и частнаго права въ отдѣльныхъ институтахъ данной системы. Одинъ изъ нашихъ изслѣдователей, профессоръ Гамбаровъ, справедливо замѣтилъ, что въ X т. ч. I отсутствуетъ институтъ, носящій несомнѣнно ясно выразившійся характеръ соціально-приватный, именно negotiorum gestio, который находимъ въ правѣ римскомъ,—добровольное и безмездное веденіе дѣлъ въ чужомъ интересѣ. Нашъ X т. первоначально выработанъ для примѣненія въ небольшомъ и въ *смыслѣ права частнаго* довольно разобщенномъ кругѣ лицъ. Тамъ мы найдемъ вообще болѣе развитую систему правъ вещныхъ, именно собственности, институтовъ, обособляющихъ частные интересы, чѣмъ сферу права договорнаго, сервитутнаго, связующую вновь эти розные интересы собственниковъ. Спустимся въ другую сферу русскаго же права, гдѣ уцѣлѣли старыя бытовыя юридическія формы. Тамъ, можно сказать, все есть negotiorum gestio, тамъ преобладаніе соціальныхъ, а не индивидуальныхъ моментовъ въ правѣ.

За симъ и *въ отдѣльныхъ институтахъ* данной системы можно различить не одинаковое сочетаніе элементовъ публичнаго и частнаго права. Мы остановимся на этомъ вопросѣ подробнѣе ниже въ ученіи о правѣ общемъ и мѣстномъ (партикулярномъ).

Въ цѣломъ рядѣ интересовъ и нормъ способъ огражденія ихъ, въ случаѣ нарушенія, осложняется въ современныхъ процессуальныхъ системахъ требованіемъ *заключенія прокурора*, т.-е. представителя интереса общественнаго, безъ котораго дальнѣйшее движеніе процесса невозможно. Это дѣла казны, во-1-хъ, а затѣмъ цѣлый рядъ дѣлъ, въ коихъ интересъ частный близко соприкасается съ интересомъ общимъ, каковы дѣла гражданскія малолѣтнихъ, недѣеспособныхъ по инымъ основаніямъ, церковныхъ установленій и проч. (см. Уст. Гражд. Судопр. систематич. сборникъ В. Гордонъ, Алфавитн. предметн. указ. s. v. Прокуроръ. Заключеніе ст. 343 Устава особ. пункты 1, 2 и 3).

Наконецъ, не только въ разныя эпохи, у разныхъ народовъ, въ разныхъ сферахъ и проч., это сочетаніе и resp. раздѣленіе публичнаго и частнаго права фактически неодинаково, но есть въ жизни каждаго общества и въ явленіяхъ всякаго права *мгновенія*, преходящія условія, когда интересъ индивидуальный въ правѣ, особность людей сжимается до minimum'a. Возьмите въ

правѣ римскомъ lex Rhodia de jactu, у англичанъ отмѣну Habeas corpus, на континентѣ état de siège, осадное положеніе, и вы увидите, что тотъ интересъ *спасенія, на коемъ Ihering строитъ всю свою систему*, есть, въ эти минуты, рѣшающій все. Но отъ этихъ грозныхъ мгновеній, острыхъ кризисовъ, натурально, не слѣдуетъ заключать къ постояннымъ основамъ юридическаго быта...

Итакъ, на вопросъ, гдѣ частное, гдѣ публичное право, мы въ общемъ отвѣтимъ признаками одинаковыми для права римскаго и для нашего права. Въ отдѣльныхъ національныхъ, мѣстныхъ, временныхъ состояніяхъ права, въ разныхъ его институтахъ граница того и другого можетъ быть не на одномъ и томъ же мѣстѣ. Это вопросъ изслѣдованія фактовъ. „... quum jus finitum et possit esse, et debeat, говоритъ Нерацій, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat". (L. 2. D. de jur. et fact. ignor. 22. 6) [1]).

§ 4.

Право общее и особенное (мѣстное). — Количественное отношеніе нормъ того и другого рода. — А. Формальная сторона явленія. — Германія до и послѣ 70-хъ годовъ истекшаго столѣтія и мѣстные законы Остзейскихъ губерній ч. III. — Право общее и сходное. — В. Матерьяльная сторона явленія. — Мысли Пухты. — Условіе благопріятствующее количественному развитію нормъ общихъ. — Не одинаковая способность разныхъ институтовъ гивильной системы къ правообщенію. — Опытъ установленія общей скалы этого процесса. — I Античный міръ; развитіе нормъ общихъ въ различныхъ институтахъ римскаго права.

Мы беремъ въ этомъ экскурсѣ за исходную точку данное выше понятіе права какъ нормы. Юридическія нормы, однако,

---

[1]) Вопросъ о вторженіи государства въ область пріобрѣтенныхъ правъ не касается различія понятій права публичнаго и приватнаго, ибо отнимая пріобрѣтенное право (jus quaesitum, wohlerworbenes Recht) у отдѣльнаго лица, государство этимъ самымъ какъ бы подтверждаетъ существованіе института, въ сферѣ дѣйствія котораго произведена экспропріація въ интересѣ общественномъ. Возможны, однако, случаи, гдѣ государственная власть направляетъ свою силу на уничтоженіе или на коренное видоизмѣненіе *именно самаго института*, служащаго основаніемъ пріобрѣтенныхъ правъ. Въ этихъ случаяхъ граница права частнаго несомнѣнно перемѣщается, и отношенія, до того носившія свойство правоотношеній гражданскихъ, уходятъ изъ этой области. Таково уничтоженіе актомъ государственной власти крѣпостной зависимости людей, устраненіе изъ сферы гражданскихъ правоотношеній понятія населеннаго имѣнія; таково же упраздненіе Положеніемъ 1886-го іюня 9-го поземельнаго устройства сельскихъ вѣчныхъ чиншевиковъ; таково же Выс. утвержден. 14 дек. 1893 г. мнѣніе Госуд. Совѣта о мѣрахъ къ предупрежденію отчужденія крестьянскихъ надѣловъ. Примѣровъ можно привести много.

Что касается собственно вторженія въ область пріобрѣтенныхъ правъ, то нѣтъ сомнѣнія, что кругъ случаевъ этого рода крайне расширяется нынѣ (см.

при этомъ общемъ ихъ свойствѣ, характеризуются, по указаннымъ сейчасъ признакамъ, какъ нормы публичнаго или частнаго права, какъ институты той или другой юридической категоріи. Но, далѣе, нормы того или другого права могутъ, въ ихъ примѣненіи, не утрачивая этихъ своихъ основныхъ свойствъ, обнимать или очень обширный кругъ отношеній, или очень тѣсный. Для каждой данной системы права это *количественное* измѣреніе имѣетъ несомнѣнную важность. То противоположеніе общаго и особеннаго, которое мы здѣсь будемъ разъяснять, имѣетъ именно этотъ смыслъ количественнаго, такъ сказать, анализа примѣняемыхъ въ жизни юридическихъ нормъ.

Вопросъ объ отношеніи права общаго и особеннаго, по свойствамъ юридическаго быта современной Германіи, привлекалъ къ себѣ очень бдительное вниманіе нѣмецкихъ ученыхъ. Для насъ онъ имѣетъ самое серьезное значеніе, хотя наши юристы очень мало его разрабатывали. Судьба этого очень живого вопроса у нѣмцевъ въ текущемъ столѣтіи такая же измѣнчивая, какъ и другихъ, частью уже выше уясненныхъ нами, проблемъ нѣмецкой юриспруденціи. Долгое время обиліе партикуляризмовъ въ правѣ на нѣмецкой почвѣ разсматривалось юристами какъ *черта національнаго характера*, какъ особый видъ *богатства формъ*, составляющій своего рода достоинство нѣмецкаго національнаго генія. Стремленіе къ униформитету въ правѣ находило друзей, но и враговъ. Примиренія противорѣчивыхъ мнѣній искали въ спокойномъ научномъ изслѣдованіи причинъ этого партикуляризма, часто случайныхъ, несущественныхъ, преходящихъ. Такъ стояло дѣло до поднявшейся бури въ юриспруденціи. Въ теперешней, текущей литературѣ, особенно въ литературной дѣятельности семидесятыхъ годовъ, ученыя мнѣнія измѣняются съ поразительной скоростью. Стремленіе къ униформированію

указ. выше брошюру G. Meyer'a Der Staat u. die erworbenen Rechte). Очень много жертвъ приходится обществу нести нынѣ, особенно въ пользу защиты государства отъ опасности вооруженнаго вторженія въ чужую территорію массъ, какому подверглась Франція въ 70-мъ году.

Съ другой стороны, союзы публичнаго типа и само государство, наконецъ, въ современныхъ экономическихъ условіяхъ становятся нерѣдко въ положеніе, очень стѣсненное притязаніями частно-правными, когда государственный бюджетъ обремененъ непомѣрными долгами, угрожающими государственнымъ банкротствомъ. Отношеніе такихъ частно-правныхъ притязаній къ союзамъ публичнаго типа занимаетъ давно юриспруденцію. Положеніе этого вопроса освѣщается въ послѣднее время работами Meili, Цюрихскаго профессора, въ извѣстной его публикаціи, появившейся въ 1885 г. въ Бернѣ подъ заглав. „Rechtsgutachten u. Gesetzesvorschlag betref. die Schuldexecution gegen Gemeinden", также работой М. Я. Герценштейна „Кредитъ для земствъ и городовъ, Москва. 1892 г.", наконецъ, въ текущемъ году, опять очень интересной работой того же Meili „Der Staatsbankerott und die moderne Rechtswissenschaft. Berlin 1895" (въ послѣднемъ трактатѣ точка зрѣнія права международнаго).

права становится господствующей страстью (Sehnsucht). Бредъ объединеннаго цѣною какихъ угодно жертвъ права, торжество единства надъ старымъ „богатствомъ“ формъ оттѣсняетъ совершенно на задній планъ всѣ иныя мнѣнія. Люди самые серьезные ни минуты не смущаются заявлять безъ всякихъ ученыхъ аргументацій, что прежде было такъ, а теперь должно стать иначе. Прежде норма партикулярная вытѣсняла норму общую, теперь норма общая должна вытѣснять партикуляризмы, чего бы то ни стоило.

Натурально, эти страсти представляютъ собою совершенно локальный интересъ, и для насъ много любопытнѣе этихъ явленій — спокойное научное разъясненіе вопросовъ, какое имѣло мѣсто у писателей менѣе пылкихъ и въ менѣе тревожное время. Такими, по данному предмету, можно считать Gerber'a, въ очень извѣстной его работѣ Das wissenschaftliche Princip des gemeinen deutschen Priv. Rechts. Eine germanistische Abhandlung. Iena, 1846 г., и Брунса, котораго двѣ статьи, въ свое время помѣщенныя въ разныхъ мѣстахъ (въ Энциклоп. Erscher u. Gruber и въ Jahrb. d. Gegenwart, 43 г.), нынѣ перепечатаны въ его Kleinere Schriften, т. 1 [1]).

Противоположеніе понятій общаго и особеннаго права имѣетъ не одинъ смыслъ. Изъ чтеній по римскому праву вамъ извѣстно, что *jus commune* или ratio juris допускаетъ отступленія, они будутъ нормами права, но по строенію болѣе узкими, идущими contra rationem juris (всѣ могутъ ручаться за другихъ... но женщины, по особымъ соображеніямъ, способны инвалидировать свои поручительства,—SC. Vellejanum—это *jus singulare*. Вы знаете тоже примѣненіе понятій jus generale и speciale. Не объ этихъ противоположеніяхъ здѣсь будетъ рѣчь.

Здѣсь смыслъ общаго и особеннаго права соотвѣтствуетъ римскимъ (хотя и не очень выдерживаемымъ) терминамъ—*jus universale* и *particulare*. Это расчлененіе главнѣйшимъ образомъ *территоріальное*. Съ нимъ часто совпадаетъ противоположеніе особаго права отдѣльныхъ народовъ и общаго права людей, jus proprium populorum и jus commune omnium hominum. Первое будетъ здѣсь именоваться jus particulare, второе—jus universale (тоже commune) [2]).

Понятно, что тутъ мы не имѣемъ въ виду никакихъ абсо-

---

[1]) Подробныя литературн. указанія см. въ любомъ обширномъ учебникѣ пандектнаго или германскаго права. Теперь см. еще указан. выше ст. Schwarz'a.

[2]) Подробно у Брунса Klein Schrift, т. 4, стр. 22.

лютныхъ количественныхъ измѣреній. Мы называемъ общими и особыми тѣ или другія нормы — одну въ отношеніи къ другой, причемъ jus universale или commune omnium hominum принимаются не въ смыслѣ права, какимъ оно должно быть для всѣхъ людей (право естественное), а въ смыслѣ историческихъ формъ права общаго или права универсальнаго. Въ этомъ смыслѣ и въ этомъ примѣненіи *понятія* права общаго и партикуляризма, *развитіе* явленій общности и партикуляризмовъ наблюдается нами:

А) въ каждую данную эпоху, въ дѣйствующихъ одновременно нормахъ, и

В) въ процессѣ историческомъ, въ смѣнѣ явленій послѣдовательныхъ во времени.

Наблюденія того и другого рода одинаково имѣютъ для насъ цѣну, чтобы точно охарактеризовать дѣйствующую въ извѣстной области систему права, а точно также и для того, чтобы опредѣлить направленіе развивающагося права въ ту или другую сторону, въ сторону партикуляризмовъ или общности, стремленіе институтовъ того или другого свойства, того или другого содержанія, къ универсальности или обратно, чтобы объяснить себѣ, наконецъ, способность цѣлыхъ системъ юридическихъ, стать могучимъ рычагомъ правообщенія въ такихъ историческихъ условіяхъ, гдѣ иначе количественное преобладаніе партикуляризмовъ было бы подавляющимъ.

Вотъ наша задача въ этомъ очеркѣ. Итакъ:

А) что мы называемъ правомъ общимъ и партикуляризмомъ внѣ историческихъ процессовъ, *въ* наличной *дѣйствующей системѣ институтовъ?*

Чтобы имѣть это понятіе, намъ необходима опредѣленная область примѣненія нормъ. Если въ цѣлой области примѣненія основу обязательности нормъ составляетъ единая законодательная власть или общее сознаніе необходимости ихъ примѣненія, то это будетъ общее легальное или общее обычное право этой области. Для наличности общей нормы необходимъ, стало быть, общій *источникъ права*, а свойство общности опредѣляется областью примѣненія этой нормы. Если ей подчинена вся область, то это будетъ jus universale. Какъ организована законодательная власть, есть ли ея органъ народное собраніе или личный,—это не составляетъ разницы. Рядомъ съ этимъ возможно существованіе партикуляризмовъ въ той же области, т.-е. *нормъ, примѣнимыхъ только въ отдѣльныхъ частяхъ ея.* Образованіе ихъ происходитъ двоякимъ путемъ: или такъ, что отдѣльныя части рядомъ съ общимъ источникомъ права имѣютъ свои источники, т.-е. мѣстную авто-

номію или мѣстные обычаи, или такъ, что одна и та же власть служитъ для образованія и нормъ общихъ и нормъ особенныхъ; возможно, наконецъ, что въ нѣкоторыхъ областяхъ рядомъ съ закономъ и обычаемъ дѣйствуетъ еще и юриспруденція какъ постоянный органъ правообразованія.

Едва-ли возможно въ сколько-нибудь обширной области примѣненія нормъ отсутствіе партикуляризмовъ въ этомъ смыслѣ. Вопросъ, однако, для характеристики права не въ томъ, есть ли они, *а въ количественномъ ихъ отношеніи къ элементамъ права общаго и въ томъ, какой нормѣ*, общей или особенной, при ихъ столкновеніи, *судъ обязанъ дать предпочтительное примѣненіе къ случаю.* Пухта такъ освѣщаетъ это противуположеніе. Партикуляристъ говоритъ: Ich bin Berliner, kein Preusse, ausgenommen wo in meinem berliner Leben eine Lücke ist. Ступенью выше: ich bin ein Preusse und nur in subsidium, wo ich nicht anders kann, ein Deutscher. Отношеніе, однако, можетъ быть и обратное, т.-е. не партикуляризмъ есть господствующая черта въ правѣ, а универсализмъ. Въ данномъ примѣрѣ: я нѣмецъ и этимъ все сказано, я слѣдую общему германскому кодексу, и лишь въ немногихъ, дополняющихъ общія наши права особенностяхъ, я подчиняюсь и нѣкоторымъ мѣстнымъ нормамъ.

Если до успѣховъ Германіи въ 70-хъ годахъ нѣмецкое право можно было характеризовать преобладаніемъ партикуляризмовъ, то послѣ этихъ успѣховъ оно должно быть характеризовано прямо противуположнымъ доминирующимъ стремленіемъ къ общности, къ универсализму въ предѣлахъ имперской территоріи.

Совершенно *въ духѣ стараго нѣмецкаго партикуляризма* составленъ Остзейскій сводъ ч. III. Впереди идутъ особенности, партикуляризмы, часто крайне мелкіе, общее право цѣлой губерніи только in subsidium. Въ городахъ Курляндіи общее земское право Курляндской губерніи примѣняется лишь in subsidium, когда случаи не могутъ быть рѣшены на основаніи особенныхъ узаконеній (Введеніе, VI; то же и въ другихъ „территоріяхъ“, напр., IX, X). Лишь въ томъ случаѣ, когда ни особенное, ни вспомогательное право не рѣшаютъ вопроса, *принимаются въ соображеніе* общія гражданскія узаконенія (XIII). Не надо, однако, думать, что тутъ слово *общія* означаетъ общія для всей Россіи, нѣтъ, это общія для всѣхъ „территорій“ Остзейскаго края нормы (XIV). Что же касается общаго права въ этомъ предположенномъ нами смыслѣ, то его вовсе нѣтъ въ Св. Гражд. узаконен. губерній Остзейскихъ, и законы русскіе стоятъ, какъ и

въ чужихъ краяхъ дѣйствующія нормы, подъ рубрикой законовъ *посторонних* (XXVII и слѣд.).

Брунсъ рекомендуетъ различать — *какой* источникъ лежитъ въ основѣ нормъ, есть ли это право обычное или законъ. Надлежитъ прибавить еще — или юриспруденція. Въ формальномъ смыслѣ — это собственно все равно. Но если основой нормы служитъ законъ, то, натурально, въ минуту отторженія извѣстной области отъ общаго съ прежнимъ цѣлымъ легальнаго авторитета въ отторгнутой области исчезаетъ эта общность. Иначе тамъ, гдѣ общая норма имѣла источникомъ право обычное. Обычное право, при отторженіи, при раздробленіи территоріи на части, остается общимъ, какимъ оно было до того, и продолжаетъ связывать юридическимъ единствомъ территоріи государственныя, ставшія розными, также какъ ихъ связываетъ общая рѣчь, общее исповѣданіе и проч. [1]). Эта связь можетъ, въ формальномъ смыслѣ, моментально далеко уступить энергіи легальнаго авторитета; но, въ особенности для нѣкоторыхъ институтовъ, гдѣ право соприкасается съ нравами и вѣрованіями народа, она уступитъ только наружнымъ образомъ. Что сказать о вліяніи науки въ этой практической сферѣ? Оно никогда не даетъ себя чувствовать такъ рѣшительно, съ такимъ внѣшне-обязательнымъ авторитетомъ, съ какимъ дѣйствуетъ непререкаемый императивъ закона; въ нормахъ юриспруденціи останется всегда много спорнаго, контроверзнаго... Но есть ли тутъ опасность разобщенія двухъ территорій, связанныхъ общими трудами мысли, событіемъ какой-нибудь битвы, какого-нибудь военнаго торжества, возможно ли тутъ забвеніе, потеря общности сознанія, какъ въ правѣ обычномъ? — Конечно, нѣтъ. Здѣсь, для области общихъ нормъ гражданскаго права въ особенности, мы увидимъ такую преемственность силы и такой размѣръ территоріи дѣйствія, какого никогда не зналъ никакой законъ и не въ силахъ создать никакой обычай.

Вотъ понятіе общаго и партикулярнаго права въ формальномъ смыслѣ, возможное количественное отношеніе нормъ того и другого права на одной территоріи дѣйствія и разные критеріи для опредѣленія самыхъ территорій, смотря по различію источниковъ этихъ нормъ.

---

[1]) Въ свое время нѣмцы были очень далеки отъ непрактичности, въ коей укоряютъ ихъ нынѣ (см. выше, стр. 39, примѣч.), когда съ особымъ расположеніемъ останавливались на правѣ обычномъ. Тогда иного источника общаго права не было, ибо и самая тѣнь имперской центральной власти была упразднена Наполеономъ первымъ.

Брунсъ совѣтуетъ намъ строго различать понятіе права только *сходнаго съ другимъ* отъ понятія права общаго. Различеніе, дѣйствительно, существенно. Право двухъ обществъ можетъ оказаться сходнымъ, когда они не связаны ни закономъ, ни обычаемъ, ни преданіями и призваніемъ юриспруденціи. Это, допустимъ, двѣ народности, близкія по степени ихъ культуры (быть можетъ, очень невысокой) и выработавшія одинаковые институты. Это будетъ *право сходное, одинаковое, но не „общее“* въ смыслѣ нами здѣсь принятомъ.

Для юриста это простой историческій фактъ.

Право будетъ тоже только сходнымъ, а не общимъ, когда одинъ народъ заимствуетъ у другого его нормы. Извѣстно, что французскій кодексъ реципированъ и удерживался до послѣдняго времени какъ дѣйствующій въ нѣкоторыхъ частяхъ Германіи и у насъ въ Царствѣ Польскомъ. Легко найти и другіе примѣры такихъ рецепцій, происходящихъ на нашихъ глазахъ. Какъ увидимъ позже, въ значительной мѣрѣ наши уставы гражданскаго судопроизводства 64 года и нѣмецкій Civilprocessordnung 77 года близки къ французскому Code de procédure civile. Брунсъ и въ этомъ явленіи не видитъ ничего кромѣ простого сходства, даже тождества, но отнюдь не общности. Это вѣрно *съ чисто формальной точки зрѣнія. Источникъ права* въ каждой данной области особый. Законъ, одно время тождественный по содержанію съ подлинникомъ, составлявшій простой его переводъ, можетъ въ дальнѣйшемъ примѣненіи уклониться отъ подлинника и въ отношеніи его содержанія. Но, однако, утверждая это для случая рецепціи, мы собственно раздѣляемъ только матеріальную сторону закона, его содержаніе, отъ формальной. Въ извѣстныхъ случаяхъ, напр., съ французскимъ Code'омъ въ рейнскихъ провинціяхъ, законодатель только допускаетъ примѣненіе чужого, по содержанію, кодекса, не потому, однако, чтобъ это было въ его цѣляхъ, а потому, что иначе трудно поступить. Удобопримѣнимыя нормы реципированнаго права осваиваются отнюдь не менѣе прочнымъ и надежнымъ образомъ, чѣмъ право обычное. Это та сфера вліянія высшей культуры права на низшую, та *практическая сила юриспруденціи*, которую иногда думаютъ маскировать, но которой скрыть отъ глазъ нѣтъ возможности. Чтобъ эта сила стала практической, нерѣдко вовсе нѣтъ нужды и въ формальномъ допущеніи ея; достаточно простого отсутствія противодѣйствія. Совершенно основательно, что строгая точка зрѣнія юридическаго понятія „права общаго“ можетъ отказать намъ въ этомъ его расширеніи. Въ юридическую жизнь извѣстной

территоріи, безъ авторитета власти, могутъ проникать только принципы юридическіе, а не императивы. Такъ думаютъ нынѣ многіе. Но не такъ смотрѣли юристы классической эпохи. Non ex regula jus sumatur, говоритъ Юлій Павелъ, sed ex jure, quod est, regula fiat. И едва ли будетъ основательно признать нашу точку зрѣнія на право болѣе возвышенной и правильной, чѣмъ эту римскую. Зато мы очень охотно, много охотнѣе римлянъ, разобщаемъ право, дѣйствующія его нормы, отъ внутреннихъ, образующихъ его силъ и трактуемъ *особо исторію права и особо догму*, какъ будто само право есть исключительно приказъ, а историческіе процессы не движущая сила, а только комментарій къ приказу.

Установивъ эту чисто формальную точку зрѣнія на различіе правъ общаго и особеннаго, мы переходимъ къ

В. *матеріальной* сторонѣ вопроса, т.-е. мы возьмемъ въ дальнѣйшемъ *исторію* развитія этого противоположенія на западѣ.

Изученіе вопроса историческое имѣетъ для насъ тотъ смыслъ, что по различію явленій общности или партикуляризмовъ въ разныя эпохи, у разныхъ народовъ, въ различныхъ институтахъ, мы будемъ въ состояніи заключать о томъ, чѣмъ условливается образованіе права общаго, какъ проявляется оно, что содѣйствуетъ ему. Это для насъ несомнѣнно важно, ибо отъ наблюденій общаго историческаго характера мы можемъ затѣмъ перейти къ разъясненію тѣхъ же вопросовъ въ исторіи нашего права, и тутъ также намѣчать условія и причины образованія общности и партикуляризмовъ въ правѣ, объяснять себѣ преобладаніе нормъ того или другого рода въ настоящее время у насъ и указывать, аналогически, средство измѣненія этихъ количественныхъ отношеній въ ту или другую сторону.

Отъ знакомыхъ уже вамъ въ чтеніяхъ по исторіи римскаго и русскаго права явленій вы легко перейдете къ общей мысли, что въ исторіи права европейскихъ народовъ процессъ развитія идетъ отъ преобладанія нормъ партикулярныхъ къ количественному перевѣсу нормъ общаго права.

Пухта, одинъ изъ передовыхъ мыслителей романистовъ текущаго столѣтія, извлекаетъ изъ наблюденій этого рода какъ бы *общій законъ смѣны явленій въ исторіи права*. Всякій народъ имѣетъ индивидуальность, отличающую его отъ другихъ, но у каждаго культурнаго народа можно замѣтить и наклонность, въ его воззрѣніяхъ и направленіяхъ, къ общему (родовому), и въ этомъ сказывается родство народовъ, какъ членовъ нѣкотораго высшаго цѣлаго. Въ этихъ мысляхъ Пухты сказывается въ обоб-

щенномъ видѣ то самое положеніе, которое выражено у Гая въ его Институціяхъ, въ начальномъ параграфѣ 1-й книги. Это положеніе у Пухты развивается далѣе такъ: въ первое время, въ исторіи народа, это общее является только въ зародышѣ, скрытымъ, даже подавленнымъ чертами его особенностей; постепенно, съ успѣхами развитія, это общее образуется рядомъ съ особеннымъ. Эпоха, когда оба элемента приходятъ въ совершенное равновѣсіе, и есть эпоха истиннаго образованія (Bildung) народа. Съ народами, — продолжаетъ Пухта, — здѣсь то же, что съ отдѣльными людьми. Мы находимъ необразованнымъ (ungebildet) человѣка, когда его индивидуальность выступаетъ грубо, рѣзко, исключительно. Истинная образованность лежитъ въ развитіи у отдѣльнаго человѣка началъ общихъ, связующихъ его съ другими, и только ложное направленіе ея подавляетъ индивидуальность. Возможно представить себѣ такую ложную образованность и у народовъ...

Въ исторіи права эта общая идея Пухты можетъ найти себѣ подтвержденіе не только въ цѣломъ, но и въ частныхъ явленіяхъ, и, по современному состоянію знаній, мы можемъ прослѣдить ее не только въ цѣлой исторіи права, но и въ исторіи отдѣльныхъ юридическихъ институтовъ.

Мы выше видѣли, что особенность европейской культуры права состоитъ въ томъ, что нормы права частнаго въ немъ обособляются отъ нормъ права публичнаго. Этотъ постоянный историческій процессъ обособленія тѣхъ и другихъ нормъ находится въ тѣснѣйшей связи съ тѣмъ, который мы разсматриваемъ здѣсь. Явленіе крайне любопытное. По мѣрѣ того, какъ опредѣляется свойство нормъ какъ частныхъ или публичныхъ, въ правѣ частномъ измѣняется количественное отношеніе права общаго къ партикуляризмамъ. *Партикуляризмы обильны тамъ, гдѣ права публичное и частное слиты*, обѣ сферы не обособлены, наоборотъ, *гдѣ происходитъ это обособленіе*, тамъ въ правѣ частномъ партикуляризмовъ становится все меньше, а *нормы права общаго становятся все обильнѣе.*

Это *первое*, очень существенное явленіе, на которомъ намъ слѣдуетъ здѣсь остановить вниманіе.

Другое наблюденіе, которое тоже легко сдѣлать, состоитъ въ томъ, что *не во всѣхъ институтахъ права частнаго съ одинаковою скоростью развивается это количественное преобладаніе элементовъ общихъ* надъ партикуляризмами. Въ иныхъ институтахъ партикуляризмы держатся упорнѣе и дольше, въ другихъ они уступаютъ легче и раньше началамъ общности.

Мы возьмемъ сначала первое явленіе, и именно, сперва для античнаго, потомъ для новаго западно-европейскаго права [1]).

I. Мы видѣли выше, что въ мірѣ эллинскомъ не образовалось того обособленія областей публичнаго и частнаго права, которое составляетъ характерную черту римской цивилизаціи. Начала институтовъ приватнаго права тамъ тѣсно связаны съ исторіей разныхъ племенъ, городовъ и территорій. Въ этихъ разнородныхъ началахъ возможно раскрыть начала *правъ сходныхъ*, но это не будетъ *право общее* въ принятомъ нами смыслѣ. Нѣтъ обособленнаго отъ права публичнаго права частнаго у грековъ: нѣтъ, и связь этихъ явленій есть несомнѣнно тѣсная, и общегреческаго права.

Совершенно иное въ исторіи Рима. Съ той ранней поры, отъ которой намъ приходятъ извѣстія объ обособленіи началъ права отъ другихъ сферъ нравственной жизни римскаго общества (религіи, нравовъ), съ эпохи XII табл., мы уже видимъ двоякій характеръ юридическихъ нормъ, составляющихъ или jus publicum, или jus privatum, и съ этой же ранней поры образуются тамъ начала права *общаго*. Свойство общности заключается въ томъ, что дѣйствію нормъ подлежатъ *всѣ граждане*. Старая римская система juris civilis есть система нормъ исключительныхъ, только для гражданъ существующихъ; но въ этомъ кругѣ эта система есть общая, она не знаетъ ни племенъ, ни классовъ, ни территорій, допускавшихъ какой бы то ни было партикуляризмъ нормъ. Тенденція обобщенія, генерализующая все, необычайно рано и крайне сильно выразилась во всѣхъ чертахъ римской цивильной системы.

Законы XII таблицъ, опредѣлившіе обособленіе правъ частнаго и публичнаго, стали такимъ образомъ источникомъ не только права общаго, но и права равнаго для всѣхъ гражданъ.

Съ тѣхъ поръ какъ рядомъ съ этой системой общаго національнаго права образуется, медленнымъ путемъ, новая сфера дѣйствія юридическихъ нормъ, включающая и гражданъ, и перегриновъ, преобладаніе началъ *общаго права* и въ этой новой системѣ супранаціональныхъ институтовъ удерживается. Нормы права цивильнаго остаются общими въ кругу гражданъ, но рядомъ съ этимъ, и для той же области цивильныхъ институтовъ, образуется, изъ новыхъ элементовъ, иная сфера институтовъ, обнимающая въ своемъ примѣненіи своихъ и чужихъ. Это зна-

[1]) На этомъ явленіи въ особенности останавливается Брунсъ въ указанной статьѣ, хотя онъ не ставитъ его въ тѣсную связь съ противоположеніемъ права публичнаго и частнаго.

комое вамъ явленіе системы институтовъ juris gentium. Система цивильная продолжаетъ жить и развиваться, но какъ нѣкотораго рода *національная особность*, недоступная чужимъ людямъ историческая исключительность римскаго гражданства, историческій его партикуляризмъ, никого, однако, не стѣсняющій и свободно уживающійся съ новообразованными институтами другого характера, какъ у насъ свободно уживаются въ одномъ и томъ же правѣ нормы гражданскія общія и особыя для торговаго права. Что̀ представляла собою эта новая система институтовъ juris gentium— здѣсь не мѣсто разъяснять, и вы найдете отвѣтъ на этотъ вопросъ въ вашихъ курсахъ римскаго права. Не подлежитъ сомнѣнію, что она постепенно обняла весь тотъ же кругъ особыхъ отъ права публичнаго институтовъ права гражданскаго, какъ и старая система, и долгое время сосуществовала со старой системой. Объ этомъ явленіи двойственности въ правѣ, сочетанія институтовъ національнаго происхожденія и общенародныхъ, и говоритъ Пухта въ указанномъ выше мѣстѣ, слѣдуя за Гаемъ. Для насъ здѣсь важно, однако, не то обстоятельство только, что сфера примѣненія институтовъ juris gentium стала неизмѣримо шире прежней сферы примѣненія институтовъ національнаго происхожденія. Мы обращаемъ вниманіе въ особенности на то, что и *въ системѣ juris gentium преобладаніе началъ права общаго надъ партикуляризмами составляетъ* такую же несомнѣнную и *характерную черту*, какъ и въ системѣ цивильной. Повидимому, здѣсь въ особенности трудно было достигнуть этихъ результатовъ, ибо источники образованія институтовъ juris gentium неизмѣримо разнообразнѣе источниковъ старой системы, сфера примѣненія ихъ необъятна; и не менѣе того нѣтъ сомнѣнія, что и здѣсь, такъ же какъ прежде, начала права общаго суть рѣшительно преобладающія надъ партикуляризмами.

Чѣмъ объяснить себѣ это, какъ не той же, разъ, въ старыхъ условіяхъ, опредѣлявшейся *особностью институтовъ права публичнаго и частнаго*, гарантіей цивильной свободы, отдѣльно взятой, которую давалъ Римъ, независимо отъ политическихъ судебъ, обширнымъ и все расширявшимся кругамъ гражданъ? Нельзя, при этомъ, отнюдь сказать, чтобъ мѣстные институты и партикуляризмы вытѣснялись вовсе и пропадали безслѣдно въ этой тенденціи римскаго универсализма. Наоборотъ, система juris gentium адоптировала массу институтовъ мѣстнаго происхожденія (напр. греческаго), но всегда обособляя въ нихъ чисто цивильныя начала и включая ихъ, вмѣстѣ съ этимъ, въ систему нормъ общаго права. Въ императорскую эпоху расширеніе правъ граж-

данства на все свободное населеніе дало въ результатѣ почти совершенное объединеніе права на всемъ пространствѣ имперіи. Институты партикулярные нигдѣ не обработывались и нигдѣ не способны были удержать самостоятельность при столкновеніи съ превозмогающимъ достоинствомъ юриспруденціи общаго права, императорской юрисдикціи и законодательства. Къ тому же, повсюду право города Рима примѣнялось in subsidium, и партикулярные обычаи и статуты нигдѣ не могли пріобрѣсти силы противодѣйствующей общему закону [1]).

Вотъ практическія послѣдствія, которыя имѣло, для вопроса о количественномъ соотношеніи нормъ права общаго и партикулярнаго, опредѣлившееся въ исторіи Рима, обособленіе системы публичнаго и частнаго права.

Мы видѣли такимъ образомъ преемство системъ права частнаго, національнаго и общенароднаго. Но, на ряду съ этимъ, для насъ отнюдь не менѣе важно замѣтить *нѣкоторыя особенности этого преемства* въ частности, *въ отдѣльныхъ институтахъ* гражданскаго права.

Далеко не всѣ институты права частнаго способны *съ одинаковой скоростью* пріобрѣтать свойства общихъ. Характеристика ихъ съ этой стороны крайне любопытна. Этотъ процессъ образованія институтовъ общаго права мы увидимъ не разъ въ исторіи. Но опять нигдѣ онъ не выразился въ такихъ простыхъ и рельефныхъ формахъ, какъ въ исторіи римскаго гражданскаго права. Замѣтьте прежде всего, что въ сферѣ права приватнаго, гдѣ иски, защита права предоставлена усмотрѣнію частнаго лица, способы процедированія для этой цѣли опредѣляются много ранѣе нормъ матеріальнаго права. Въ половинѣ VII в. ad urbe condita никто изъ юристовъ римскихъ не сказалъ бы не только что такое jus gentium въ цѣломъ, но опредѣленнымъ образомъ едва-ли въ ту пору можно было представить себѣ черты хотя одного института общенароднаго права, между тѣмъ, процессъ формулярный уже вытѣснялъ старыя legis actiones.

Иски гражданскіе, средства утвержденія и огражденія частныхъ притязаній, *идутъ впередъ*, предшествуютъ развитію новыхъ нормъ, институтовъ новаго типа, новой системы juris gentium.

Съ этимъ историческимъ предшествіемъ образованія процессуальныхъ формъ выработкѣ матеріальнаго права, т.-е. самаго содержанія гражданскихъ институтовъ, мы встрѣтимся не разъ впослѣдствіи.

---

[1]) Ср. ст. Брунса, стр. 35.

Далѣе, въ ряду собственно гражданскихъ институтовъ, исторія римскаго права даетъ намъ тоже какъ бы общую *схему* постепеннаго и *неодинаковаго* для разныхъ институтовъ *образованія началъ права общаго* на счетъ партикуляризмовъ.

Здѣсь возможно установить такую скàлу. Раньше другихъ элементы права общаго берутъ верхъ надъ партикуляризмами въ кругѣ институтовъ чисто имущественнаго типа, при томъ тѣхъ именно, коими опредѣляется commercium inter vivos. И такъ, jus commercii предшествуетъ въ этомъ смыслѣ другой сферѣ цивильныхъ институтовъ, составляющихъ jus connubii. Въ институтахъ оборотнаго права общими раньше становятся нормы, опредѣляющія *обмѣнъ между живыми*. Въ этомъ кругѣ въ свою очередь оборотъ съ объектами имущества движимаго, собственно *товаромъ*, прогрессивнѣе, въ смыслѣ общности нормъ, чѣмъ оборотъ съ недвижимостями. Наконецъ, *обязательства* прежде входятъ въ сферу общаго права, чѣмъ, говоря вообще, институты права вещнаго. Въ высокой степени вѣроятно, что самый переходъ отъ стараго способа процедировать (legis actio) къ новому (формулы) совершился путемъ предшествующаго обособленія формъ договорнаго обязательства отъ прежняго господствующаго типа вещныхъ юридическихъ отношеній [1]). Внутри системы обязательствъ несомнѣнно есть своя скàла большей и меньшей способности той или другой формы стать общею. Старое nexum исчезло очень рано, также раньше другихъ вышелъ изъ практики литеральный контрактъ. Чѣмъ больше обрядности въ установленіи договорной сдѣлки, чѣмъ сильнѣе на ней локальный колоритъ, тѣмъ менѣе способна она служить цѣлямъ общей системы договорнаго права. Наоборотъ, *форма контракта verbis* и въ особенности безформенный *консенсуальный контрактъ*, могущій совершаться между отсутствующими и связывать ихъ узами обязательствъ, открываетъ собою самый широкій просторъ цивильнаго правообщенія.

Восходя по этой скàлѣ, которая, несомнѣнно, можетъ быть гораздо болѣе развита и разработана, чѣмъ мы это дѣлаемъ здѣсь, мы уясняемъ себѣ, какимъ путемъ шло въ римскомъ правѣ мед-

---

[1]) Эту мысль въ особенности поддерживаетъ Эмиль Кунце (condemnatio pecuniaria). Чтобъ ознакомиться съ этой идеей и многими другими важными работами этого первокласснаго юриста путеводнымъ сочиненіемъ можетъ служить его трактатъ: Die Obligationen im römischen und heutigen Recht u. das jus extraordinarium der römischen Kaiserzeit. Leipzig. 1886.

Здѣсь Кунце широко развиваетъ уже прежде выраженныя имъ идеи о процессѣ обособленія обязательствъ и послѣдующемъ расширеніи этой формы на почвѣ права вещнаго, семейнаго, наслѣдственнаго, уголовнаго, публичнаго и проч.

ленное и постоянное образованіе элементовъ общаго права насчетъ партикуляризмовъ, при чемъ количественное преобладаніе нормъ общихъ въ томъ или другомъ институтѣ или въ томъ или другомъ комплексѣ ихъ становилось вмѣстѣ съ временемъ все болѣе и болѣе рѣшительнымъ.

Вамъ извѣстны факты, свидѣтельствующіе о болѣе позднемъ правообщеніи въ сферѣ juris connubii, чѣмъ въ институтахъ чисто имущественныхъ. Основаніе совершенно понятно. Jus connubii никогда не есть *въ такой мѣрѣ чисто приватная сфера*, какъ jus commercii. Тамъ всегда и вездѣ сила обряда, культа, національныхъ нравовъ будетъ давать институту характеръ партикулярный. Такъ въ бракѣ, такъ въ отцовской власти. Съ этимъ институтомъ всегда будетъ въ извѣстной гармоніи понятіе родственной близости людей и институты права наслѣдованія.

Чѣмъ яснѣе и проще чисто приватный характеръ нормы, тѣмъ раньше она пріобрѣтаетъ силу нормы права общаго. Ни въ одной исторически данной системѣ права этотъ приватный характеръ нормъ не выработанъ такъ окончено, какъ въ римской, и нигдѣ элементъ права общаго не восторжествовалъ такъ рѣшительно надъ партикуляризмами, какъ тамъ.

Въ нѣкоторыхъ институтахъ партикуляризмы удержались до поздней эпохи классической юриспруденціи, и слѣды ихъ указываетъ, въ приведенной выше статьѣ, Брунсъ, пользуясь свидѣтельствами Гая и Ульпіана [1]). Но чего касаются эти партикуляризмы? Семейнаго права, опеки, наслѣдованія. Общаго тестамента, testamentum juris gentium, вовсе не было.

Въ юстиніановской кодификаціи торжество началъ общенароднаго права надъ особымъ, національнымъ, или, какъ это выражаетъ всего чаще самъ кодификаторъ, примиреніе и объединеніе того и другого, есть для міра античнаго завершившееся.

Вотъ явленія римскаго права, которыя исторически освѣщаютъ намъ понятіе права общаго и партикулярнаго и количественное взаимоотношеніе нормъ того и другого рода въ разное время.

Для насъ ясно, что *матеріальное содержаніе института не безразлично въ вопросѣ о его способности образовать норму общаго права*. Въ извѣстной сферѣ отношеній общность защиты приватныхъ интересовъ образуется раньше, чѣмъ право успѣваетъ пріобрѣсти характеръ *вполнѣ выработанной юридической*

[1]) См. стр. 35 въ Klein Schr. Гай, I. § 92, 189, 193, 197, 198, III, §§ 96, 120, 134. Ulp. XX, 14. Другіе примѣры у Walter Röm. Rechtsgesch. Bd. 1 § 295, Note 46 (3 изд. § 312. Note 46).

нормы. Объективная норма, обычай, законъ, составляютъ позднѣйшія фазы въ развитіи права. Защита отношеній получаетъ характеръ защиты юридической сначала въ конкретныхъ случаяхъ, какъ въ преторской юрисдикціи, въ видѣ гипотетическаго приказа судьямъ, выражаемаго въ формулѣ. Эта невидная, условная, несовершенная защита есть зародышъ послѣдующаго развитія нормъ, первоначально тоже условныхъ, временныхъ и лишь позже пріобрѣтающихъ свойство постоянныхъ руководящихъ практикой суда правоположеній. Нигдѣ нельзя лучше наблюдать весь этотъ процессъ образованія нормы какъ въ правѣ римскомъ, особенно въ исторіи формулярнаго процесса и преторскаго эдикта.

§ 5.

Право общее и особенное (Продолженіе).—II Міръ новый.—Система личныхъ правъ и ея вліяніе на правообщеніе. — Принципъ территоріальности и lex domicilii. — Возможно ли въ первоначальную эпоху провести границу между правомъ публичнымъ и частнымъ? — 1. Условія развитія правообщенія *во Франціи*: — a) Королевская власть; — b) Традиція римскаго права. — Рецепція юстиніановскаго права. — c) Кутюмное право; дробленіе кутюмныхъ территорій. — Обработка кутюмовъ частными лицами и офиціальными органами. — Начертаніе, объединеніе и утвержденіе властью короля.—d) Королевскіе ордонансы. — 2. Развитіе общаго права въ Германіи. — Территоріальное разновластіе. — Обиліе мѣстныхъ и особыхъ по инымъ основаніямъ правъ. — Саксонское зерцало. — Характерныя черты эпохи: лицо въ составѣ союза, преобладаніе правоотношеній вещнаго типа. Признаки переходнаго состоянія. — Условія замедляющія, сравнительно съ Франціей, образованіе своего общаго права.

II. Переходимъ къ образованію того-же противоположенія (права общаго и партикулярнаго) въ *новое время*.

Трудность задачи условливается здѣсь тѣмъ, что *общей исторіи европейскаго гражданскаго права мы не имѣемъ*. Современные историческіе труды представляютъ обиліе работъ частнаго, въ томъ или другомъ смыслѣ, характера и не даютъ вовсе ничего цѣльнаго для такого же разумѣнія историческихъ процессовъ на новой почвѣ, какое мы имѣемъ для исторіи гражданскаго права римскаго. Это обусловливается, натурально, прежде всего свойствомъ самыхъ явленій въ политической и юридической исторіи новаго времени. Здѣсь эти явленія носятъ несравненно болѣе пестрый, различный по мѣсту, по кругу лицъ, племени, состоянію, профессіи, характеръ. Въ виду этого понятно, что мы найдемъ въ европейской литературѣ массу литературнаго мате-

ріала для исторіи права отдѣльныхъ государствъ, тѣхъ или другихъ исповѣдныхъ группъ, отдѣльныхъ классовъ лицъ, для исторіи права феодальнаго, торговаго, крестьянскаго, для исторіи права, различнаго по различію его источника, въ мѣстномъ или общемъ обычаѣ, въ нормахъ каноническихъ, свѣтскихъ, законодательныхъ, далѣе, для исторіи права своего, для данной области или для даннаго круга лицъ, и для исторіи заимствованнаго римскаго права. Литературная разработка такихъ отдѣльныхъ матерій уходитъ часто въ совершенно спеціальныя проблемы. Такого рода частныя изысканія должны необходимо предшествовать всякимъ обобщеніямъ. Задачу нашу въ этомъ обозрѣніи составляютъ, однако, не отдѣльныя явленія въ исторіи европейскаго права, съ коими мы будемъ часто встрѣчаться позже, при изученіи особыхъ его институтовъ.

Здѣсь мы имѣемъ въ виду прослѣдить на новой почвѣ тотъ же процессъ развитія общности и партикуляризмовъ въ правѣ гражданскомъ, какой занималъ насъ выше по отношенію къ праву римскому. Для этихъ цѣлей намъ достаточно взять нѣкоторые, такъ сказать, симптоматическіе признаки развитія права въ главнѣйшихъ западныхъ государствахъ и засимъ дать очеркъ исторіи рецепціи права римскаго на Западѣ. Сдѣлать то и другое намъ необходимо возможно кратко. Въ результатѣ мы получимъ не только надлежащее разумѣніе очень существеннаго вопроса историческаго характера, но и пониманіе состава современныхъ европейскихъ кодексовъ гражданскаго права и вѣрный критерій для оцѣнки ихъ значенія не локальнаго только, а общаго.

И такъ, возможно-ли ожидать *въ раннюю пору* новоевропейской исторіи признаковъ образованія началъ общаго права въ томъ смыслѣ, который мы давали этому понятію выше?

На этотъ вопросъ мы отвѣчаемъ отрицательно, принимая при этомъ во вниманіе, что судьбы различныхъ западныхъ государствъ далеко не одинаковы въ этомъ отношеніи.

Черта сходная, опредѣляющая состояніе права у многихъ народовъ, входившихъ въ составъ франкской монархіи, есть въ высшей степени неблагопріятная для образованія началъ права общаго. Это та черта, которую современные историки (Савиньи, въ Исторіи римскаго права въ средніе вѣка; Эйхгорнъ, въ Deutsche Staats u. Rechts-Geschichte) обозначаютъ наименованіемъ системы *личныхъ правъ*. Всякій свободный, принадлежавшій по своему происхожденію къ одному изъ народныхъ племенъ, составлявшихъ франкскую монархію, жилъ по этому сво-

ему племенному праву и судился не между своими только, но и у другихъ племенъ, по особымъ, лично связаннымъ съ нимъ по его рожденію нормамъ. Это племенное, *свое* право онъ несъ всюду съ собою. Натурально, ничто не сообщается такъ трудно чужеродцу, какъ это право, по существу своему связанное съ происхожденіемъ лица въ извѣстномъ племени. Если люди разныхъ племенъ сходились, чтобы совершить юридическую сдѣлку, то каждый изъ нихъ слѣдовалъ своему закону, приводилъ съ собою свидѣтелей своего племени.

Общеніе въ области права совершалось крайне трудно. Мы не ошибемся, заключая, что культурная ступень права, въ этихъ условіяхъ, въ новое время, стоитъ ниже той, съ которою для насъ открывается исторія права римскаго. Право германское (новое), въ смыслѣ общности его нормъ, въ эту пору, не достигло тѣхъ результатовъ, которые мы наблюдаемъ на зарѣ исторіи римской. Извѣстно, что это начало личное примѣняется у новыхъ народовъ не только къ людямъ извѣстнаго племени, но и къ римлянамъ и лицамъ, принадлежащимъ къ составу клира. Также какъ франкъ салическій живетъ по закону своего племени (lege salica vivit), также и римлянинъ знаетъ только свой законъ, и лицо духовное живетъ по особому, тоже личному для него, хотя внѣ-племенному праву, ecclesia vivit lege romana. Послѣднее начало (для клира) удерживается далеко позже господства этой системы права, опредѣляемой собственно принципомъ *происхожденія* (origo) лица въ составѣ племени или народа.

Смыслъ этой тѣсной связи лица съ союзомъ, къ коему оно принадлежитъ, для исторіи юридическаго сознанія вовсе не есть скоропреходящій. Это сознаніе нормъ юридическихъ какъ *своихъ*, тѣсно связанныхъ съ лицомъ (quemlibet *sua* lege vivere), есть глубоко проникающее ту эпоху и оставившее свой слѣдъ на послѣдующемъ праворазвитіи. Право и послѣ сознается въ европейскомъ обществѣ какъ принадлежность лица, какъ свойственное лицу состояніе, хотя сознаніе это не связано такъ тѣсно съ вопросомъ о происхожденіи въ извѣстномъ племени. Эта фаза *субъективно сознаваемаго права* есть существенная, важная въ его исторіи, и совершенно противорѣчащая тѣмъ ученіямъ, которыя видятъ въ правѣ извнѣ данную норму, стѣсненіе лица, независимое отъ его воли, навязанное ему позитивнымъ образомъ.

Что касается обособленія сферы права публичнаго и частнаго въ этихъ условіяхъ и въ эту эпоху, то оно замѣтно въ содержаніи нормъ, и къ этой эпохѣ историки сводятъ возникно-

веніе нѣкоторыхъ важныхъ началъ гражданскихъ институтовъ новаго происхожденія, но примѣненіе этихъ нормъ, по свойству принадлежности ихъ только племени, тѣсно, условно, не свободно.

Повидимому, *въ опредѣлившихся позже условіяхъ полной осѣдлости племенъ на опредѣленныхъ территоріяхъ* лежало обстоятельство, благопріятствующее легчайшему образованію общности нормъ на этой территоріи. Для лицъ легче, доступнѣе стать въ постоянное отношеніе къ опредѣленному мѣсту жительства, чѣмъ войти въ связь съ племеннымъ составомъ населенія. Lex domicilii есть болѣе прогрессивный въ вопросѣ правообщенія, чѣмъ lex originis [1]). И мы видимъ дѣйствительно, что не одни франки живутъ по закону салическому, и источники знаютъ чужого, варвара, „hominem barbarum, qui salica lege vivit". *Территоріальный принципъ* вступаетъ на мѣсто прежняго личнаго. Но для успѣха развитія общаго права существенно ясно и рѣзко проведенное различіе публичнаго и частнаго права, какое мы видѣли въ правѣ римскомъ. Возможно-ли найти что либо подобное въ франкской монархіи? Брунсъ, въ приведенной выше статьѣ, указываетъ намъ „общіе" капитуляріи Карла В., обращенные ко всѣмъ народамъ, входящимъ въ составъ монархіи. Да, но какого они содержанія? Они касаются церковной дисциплины, уголовнаго права (именно, введенія тѣлесныхъ наказаній вмѣсто прежнихъ композицій) и заключаютъ въ себѣ начала леннаго права. Но тутъ „общность" взята въ чисто формальномъ смыслѣ, притомъ въ смыслѣ тѣсномъ, гдѣ источникъ нормы есть только законный, а не юридическій въ широкомъ смыслѣ, не обычное право, не наука, и гдѣ норма фиксируетъ не столько права лицъ, сколько отношенія власти къ подвластнымъ.

Мы не будемъ дальше слѣдить за развитіемъ общаго права во всѣхъ государствахъ Запада, какъ это дѣлаетъ Брунсъ, а возьмемъ лишь судьбу тѣхъ государствъ, образовавшихся изъ монархіи Карла Вел., коихъ исторія и современное состояніе права представляютъ *для насъ* болѣе близкій интересъ.

1) Начала права общаго, лежащія въ капитуляріяхъ, не развивались далѣе въ обособившейся, въ дальнѣйшихъ историческихъ судьбахъ, Франціи [2]). Сѣверныя части Франціи, гдѣ пре-

---

[1]) Это наблюденіе легко сдѣлать и въ римскомъ и въ новомъ правѣ, ибо и тамъ, въ эпоху, слабо освѣщенную, донаціональную, племенного праворазвитія, тотъ, кто не входилъ въ составъ рода, былъ egens, изгой, безродный и безправный, и напротивъ, не нужно имѣть родовыхъ связей, чтобъ стать правоспособнымъ въ системѣ juris civilis. національной, смѣнившей прежнюю.

[2]) Лучшее сочиненіе, коимъ удобно пользоваться для первоначальнаго ознакомленія съ исторіей франц. права, есть несомнѣнно теперь „Cours élé-

обладало населеніе германскаго корня, слѣдовали главнымъ образомъ нормамъ обычнаго права; южныя, — гдѣ сосредоточивалось населеніе романское, держались права писаннаго. Это существенное для всей дальнѣйшей исторіи права этой страны дѣленіе территоріи на pays du droit coutumier и pays du droit écrit, близко совпадающее съ дѣленіемъ языка на langue d'oil (для сѣвера) и langue d'oc (для юга). На югѣ римское право стало территоріальнымъ jus commune. Дальше мы будемъ имѣть случай, въ исторіи рецепціи права римскаго, оцѣнить значеніе его для процесса развитія общаго права во Франціи. Наоборотъ, въ сѣверныхъ областяхъ образованіе права, осложнившееся еще элементами нормандскими, разбилось временно на множество мѣстныхъ кутюмовъ.

Чтобъ наслѣдить здѣсь процессъ образованія общаго права насчетъ партикуляризмовъ надлежитъ принять во вниманіе: a) развитіе центральной государственной власти, b) вліяніе римскаго права, c) разработку кутюмовъ, d) образованіе ordonnance'овъ.

a) По отношенію къ первому вопросу, собственно политическому, мы ограничимся слѣдующими замѣтками. *Королевская власть* въ эпоху феодализма представляетъ собою до крайности слабый органъ законодательный и судебной дѣятельности. Государемъ въ настоящемъ смыслѣ король былъ только въ предѣлахъ своихъ доменъ, а для цѣлаго королевства онъ составлялъ лишь вершину феодальной лѣстницы, былъ сюзереномъ богатаго и могущественнаго, нерѣдко болѣе чѣмъ онъ самъ, класса вассаловъ. Съ нимъ раздѣляли функціи настоящаго *территоріальнаго господства*, право войны, постройки крѣпостей, дарованія привилегій, иммунитетовъ, власть суда, не только его вассалы, но и духовные и свѣтскіе сеньоры, не связанные съ королемъ никакими узами. Если феодальная связь съ королемъ расширялась впослѣдствіи, и это входило въ разсчетъ королей, то это расширеніе по существу феодализма не могло дать благопріятныхъ результатовъ для развитія общаго права. Глава феодальнаго союза не могъ стать помимо территоріальныхъ господъ въ непосредственное отношеніе къ населенію. Между королемъ и низшими классами удерживались въ этомъ режимѣ непроницаемые

---

mentaire d'histoire générale du droit Francais par Ginoulhiac. Paris. 1884". Мы обращаемъ особ. вниманіе на эту книгу, потому что автору хорошо извѣстны всѣ успѣхи разработки историч. задачъ для римск. и германск. права, которыя составляютъ заслугу нѣмецкихъ ученыхъ. Начавъ съ этой книги, можно идти далеко въ изученіи исторіи права. Обширный классич. трудъ по исторіи даетъ E. Glasson Histoire du droit et des institutions de la France. Въ 1896 г. появился VII т. La féodalité (fin), Le droit civil.

слои феодальной знати. Государства въ римскомъ и современномъ смыслѣ не существовало. Не было властной организаціи, которая способна оградить общими нормами и ихъ примѣненіемъ въ правосудіи интересы отдѣльныхъ лицъ, слабыхъ и сильныхъ одно по отношенію къ другому, но въ отдѣльности одинаково безсильныхъ въ отношеніи къ цѣлому. Примыкая къ землевладѣнію въ особенности, начало власти было столь же дробнымъ какъ и эта его база. На сѣверѣ Франціи въ особенности дѣйствовала презумція—nul terre sans seigneur, и всякій сеньеръ считалъ себя въ правѣ faire des lois et des établissements. Результатомъ была несвободная, стѣсненная, хотя и огражденная въ то же время безчисленными мелкими союзными формами, личность и несвободное имущество. Территоріальный принципъ въ правѣ, вытѣснившій собою въ исторической чредѣ принципъ личныхъ или племенныхъ правъ, дѣйствовалъ въ этихъ условіяхъ подавляющимъ образомъ на общество, и выходъ изъ этой анархіи соперничающихъ сеньоровъ для національнаго развитія Франціи могла указать только сильно развившаяся королевская власть [1]).

Мы указали выше, какія средства содѣйствовали превращенію этого порядка въ общую національную систему цивильныхъ институтовъ современнаго французскаго права. Это королевская власть, *во-первыхъ*. Исторію ея развитія мы здѣсь оставляемъ въ сторонѣ. Обратимся къ другому содѣйствовавшему средству.

b) Это, *во-вторыхъ, традиція римскаго права*. Не надо представлять себѣ, что исторія французскаго права есть исторія двухъ совершенно обособленныхъ территорій, изъ коихъ въ одной дѣйствуютъ законы римскіе безъ видоизмѣненій ихъ новымъ мѣстнымъ и племеннымъ правомъ, а въ другой нормы обычнаго права безъ всякаго вліянія права римскаго. Въ историческомъ процессѣ это противоположеніе имѣетъ совсѣмъ другое значеніе. На югѣ, въ эпоху личныхъ правъ, римское населеніе, несомнѣнно многочисленное, продолжало жить sua lege, но и эти южныя области подверглись вторженію элементовъ пришлыхъ. По извѣстнымъ памятникамъ права, обязаннымъ своимъ происхожденіемъ ранней эпохѣ (breviarium Alaricianum, lex romana Burgundionum), можно судить о томъ, въ какой мѣрѣ законъ римскій подвер-

[1]) Монтескьё, въ спокойномъ созерцаніи историка, указываетъ на эти феодальные законы, ces lois qui ont fait des biens et des maux infinis, qui ont laissé des droits quand on a cédé le domaine, qui, en donnant à plusieurs personnes divers genres de seigneurie sur la même chose et sur les mêmes personnes ont diminué le poid de la seigneurie entière, qui ont posé diverses limites dans des empires trop étendus, qui ont produit la règle avec une inclinaison à l'anarchie et une anarchie avec une tendance à l'ordre et à l'harmonie.

гался измѣненію и искаженію въ новыхъ условіяхъ быта. Сначала дѣленіе сферъ примѣненія римскихъ и варварскихъ нормъ было только личнымъ. Римляне жили по римскимъ, варвары по своимъ племеннымъ или смѣшаннымъ съ римскими элементами законамъ. Лишь въ эпоху каролинговъ это дѣленіе на pays du droit écrit и pays du droit coutumier стало территоріальнымъ. На югѣ римская культура права держалась очень долго, и это была первоначально непосредственная римская традиція. Названный выше breviarium Alaricianum заключаетъ въ себѣ, какъ извѣстно, значительно искаженный текстъ сочиненія Юлія Павла „Sententiae receptae", которое не дошло до насъ въ этомъ полномъ видѣ ни чрезъ какія другія посредства.

Дѣйствіе права римскаго есть на югѣ Франціи *предшествующее рецепціи собственно юстиніановскаго права.* Къ тому времени, когда ученая обработка юстиніановскаго права началась въ Италіи и перешла затѣмъ во Францію, непосредственная традиція римскаго права на югѣ Франціи стала уже значительно слабѣе, и примѣненіе реципированнаго права вытѣснило почти повсюду въ судахъ и практикѣ старые римскіе законы и breviarium Alariciauum въ особенности. Тамъ, гдѣ столкновеніе тѣхъ и другихъ источниковъ длилось и вело къ недоразумѣніямъ (Dauphiné, Provence, Languedoc, Gascogne, Lyonnais, Auvergne), lettres patentes королей рѣшали перевѣсъ въ пользу юстин. источниковъ. Успѣхи рецепціи, преемство методовъ изученія римскаго юстиніановскаго права во французской школѣ мы увидимъ позже въ очеркѣ рецепціи, которая составляетъ не локальное только, а универсальное историческое явленіе на европейскомъ материкѣ.

Если, такимъ образомъ, на югѣ Франціи мы находимъ лишь преобладаніе, а не исключительное господство права римскаго, то совершенно также въ сѣверныхъ провинціяхъ первоначально исключительные германскіе элементы юридическаго быта подвергаются видоизмѣняющему вліянію римскаго права. Это составляло процессъ обработки права кутюмнаго, къ коему мы и переходимъ.

c) *Исторію французскаго кутюмнаго права* составляетъ процессъ продолжительной, внимательной обработки его путемъ научнымъ и освященія силы этого источника авторитетомъ королевской власти. Старыя основы обычнаго права германскихъ племенъ, населявшихъ сѣверную Францію (законы франковъ салическихъ, рипуарскихъ, бургундовъ и другихъ *варваровъ*) составляютъ нынѣ предметъ самой ревностной обработки ученыхъ Германіи и Франціи, ибо въ нихъ дѣйствительно рѣзкими чертами опредѣляется особенная физіономія германскихъ институ-

товъ, отличная отъ римскихъ, но непосредственная связь этой эпохи съ послѣдующей была нарушена частью тѣмъ, что начертанія этихъ законовъ были сдѣланы на латинскомъ языкѣ, а главнымъ образомъ, смѣной начала личнаго въ правѣ принципомъ территоріальнымъ, причемъ, въ этихъ новыхъ условіяхъ, указанія на старыя племенныя права были мало практичными и вытѣснялись другими сборниками, болѣе соотвѣтствующими духу феодальной эпохи.

Территоріальный принципъ повелъ, какъ мы видѣли, къ дробности функцій законодательства и суда. Есть писатели, которые насчитываютъ *до 60 общихъ кутюмныхъ территорій* (coutumes générales) *и до 300 мѣстныхъ* (c. locales). Измѣреніе разнообразія правъ племенами уступило и на сѣверѣ измѣренію географическому (оттуда *pays* du droit coutumier). Характерная для феодализма тѣсная связь всего юридическаго строя съ землевладѣніемъ выразилась здѣсь самымъ яркимъ образомъ.

Начиная съ XIII вѣка, надъ этимъ матеріаломъ идетъ работа образованныхъ юристовъ практиковъ того времени. Сочинители такъ назыв. Coutumiers не суть просто только собиратели обычаевъ. Хорошо знакомые съ правомъ римскимъ, они дѣлали переводъ юстиніановскихъ текстовъ и изображали на ряду съ этимъ состояніе права въ области знакомой имъ мѣстной практики. Такихъ работъ извѣстенъ цѣлый рядъ.

Новые французскіе писатели смотрятъ съ большимъ уваженіемъ на эти труды и видятъ въ нихъ зародышъ національнаго французскаго права. Таковы въ особенности работы Pierre'a de Fontaines и Philippe'a Beaumanoir'a. Наименованія ихъ очень различны: Conseil (перваго изъ названныхъ юристовъ), Assises de Jérusalem, Etablissements de St. Louis (неизвѣстныхъ авторовъ), Les coutumes de Beauvoisis (Phil. Beaumanoir).

Хотя въ этихъ обработкахъ обычаевъ имѣются въ виду обычаи мѣстные (Beauvoisis), но у авторовъ всегда въ основѣ лежитъ точка зрѣнія *общаго сѣверо-французскаго права.* Работы Бомануара имѣли въ этой тенденціи къ обобщенію нормъ для Франціи такое же значеніе какъ обработка Саксонскаго Зерцала для Германіи.

Заимствованіе римскихъ текстовъ и сочетаніе съ ними, часто очень слабое, мѣстныхъ обычаевъ идетъ во все продолженіе XIII и XIV вв. Въ одномъ изъ сборниковъ XIII в. (Li livres de Justice et de Plet) количество заимствованныхъ текстовъ изъ пандектовъ и изъ декреталій далеко превышаетъ мѣстные кутюмы. Ровно то же замѣчается и въ знаменитомъ сборникѣ XIV вѣка,

принадлежащемъ сѣв. французскому практику Jean Boutillier, Somme Rurale.

Всѣ эти и масса подобныхъ имъ сборниковъ, смѣшанныхъ изъ римскаго права, обычныхъ нормъ, судебныхъ рѣшеній, составлялись долгое время частными лицами, безъ формальнаго авторитета и промульгаціи ихъ какъ обязательныхъ руководствъ для практики судовъ. Въ нихъ видна тенденція къ *правообщенію*, но авторитетъ, условленный однимъ внутреннимъ достоинствомъ, лишь медленнымъ путемъ приводитъ къ цѣли.

Съ конца XV вѣка, когда внѣ всякаго сомнѣнія принципъ „qui veut le roi si veut la loi" сталъ торжествовать надъ феодальнымъ режимомъ, обработка обычнаго права *въ цѣляхъ объединенія* получила совершенно иной характеръ. Съ этихъ поръ мы видимъ оффиціальную редакцію кутюмовъ.

Способъ дѣйствія правительства заключался въ такъ называемой enquête par turbe. Pour la preuve d'icelles (des coutumes) il convenait,—говоритъ одинъ изъ юристовъ того времени,—faire examiner témoins et turbes ou turmes, chacune turbe de dix personnes au moins, et chacune turbe n'était comptée que pour un témoin; le roy Charles VII, se trouvant paisible en ce royaume après en avoir chassé les Anglais (отсюда подъемъ французскаго національнаго сознанія) ordonne que par toutes les provinces coutumières les coutumes fussent arrestée et rédigées par l'avis des états et peuples des trois ordres de chacune province, et que par cet écrit se ferait la preuve des coutumes, avec défense de ne plus recevoir la preuve par témoins en turbes ni autrement que par le dit écrit.

Большая масса такимъ образомъ удостовѣренныхъ и публикованныхъ кутюмовъ относится уже ко времени Людовика XII. Высокой технической обработки французскіе кутюмы достигли въ особенности въ концѣ XVI вѣка, когда, какъ увидимъ позже, изученіе римскаго права изъ исключительно догматическаго, какимъ было прежде, стало *историческимъ* [1]). Ainsi nos coutumes,—говоритъ Монтескье,—prirent trois caractères, elles furent écrites, elles furent plus générales, elles reçurent le sceau de l'autorité royale [2]). Натурально, этотъ живой источникъ права

[1]) Процессъ изслѣдованія кутюмовъ обыкновенно состоялъ въ слѣдующемъ. Королевскіе комиссары собирали нотаблей провинціи или округа и предлагали разсмотрѣть проектъ кутюмныхъ положеній. Ходъ дѣла протоколировался (это procès verbal). Удостовѣреніе этимъ способомъ проекта составляло его homologation. Если стороны не сходились, то несогласіе разрѣшалось парламентами. Гомологированные кутюмы санкціонировались королемъ.

[2]) Такимъ образомъ наши обычаи пріобрѣли три свойства: они стали писанными, болѣе общими и запечатлѣлись авторитетомъ королевской санкціи.

долго не могъ стать чистымъ источникомъ права *гражданскаго*, и въ этомъ смыслѣ общность права французскаго имѣла пройти еще долгій историческій путь, прежде чѣмъ достигнуть цѣли.

Въ XVI и XVII вѣкахъ результатъ былъ еще очень далекъ отъ той exaequatio legum, съ которой началось „открытіе частнаго права“ во всемірной исторіи, и на пути этого равенства лицъ передъ закономъ лежали исторически сложившіеся *союзы*, ces trois ordres — le clergé, la noblesse, le tiers état, имѣвшіе каждый особыя права лицъ и особые институты имущественные. Однако, въ отдѣльныхъ институтахъ гражданскаго права французскіе историки очень рано отмѣчаютъ элементы настоящаго *общаго гражданскаго національнаго французскаго права*, независимаго отъ различія сословій. Таковъ, напр., институтъ общности имущества супруговъ (communauté des biens), бывшій сначала особымъ для низшихъ классовъ (la roture, les roturiers) и въ кутюмахъ Парижа ставшій общимъ для низшаго и благородныхъ классовъ одинаково.

д) Могущественнымъ орудіемъ *формальнаго объединенія* права страны послужила несомнѣнно *законодательная форма королевскаго ordonnance'a*, но эта форма вступила на очередь для разработки именно общаго права лишь очень поздно. Въ этомъ отношеніи крайне важнымъ для послѣдующаго развитія общаго права слѣдуетъ считать ordonnance Франсуа I-го, отъ 1539 г., коимъ стѣсняются предѣлы церковной юрисдикціи и устанавливаются постоянныя и общія правила регистраціи крещенія, смерти и браковъ. Этому и послѣдующимъ королямъ принадлежитъ рядъ ordonnance'овъ, реформирующихъ гражданскій процессъ. Это крайне любопытная и характерная черта въ исторіи развитія права гражданскаго. Въ тѣхъ условіяхъ, гдѣ являются признаки образованія институтовъ общаго права, авторитетъ власти прежде всего служитъ для удостовѣренія *подлинности нормъ*, для достовѣрной *регистраціи правоспособныхъ лицъ*, для *фиксированія способовъ процедировать*, для дѣятельности гражданъ въ юрисдикціи спорной и свободной (jurisditio contentiosa и voluntaria).

Не то же ли самое наблюдали мы въ Римѣ, когда, въ переходную эпоху отъ національной системы къ jus gentium, раньше всего другого и актомъ закона то же (lex Aebutia и duae leges Iuliae), опредѣлился новый способъ процедировать per verba concepta, и вмѣстѣ, шире и свободнѣе сталъ авторитетъ суда въ вопросахъ гражданскаго права? Не та же ли здѣсь переходная эпоха

изъ области господствующаго типа правъ вещныхъ къ свободной, трудно мирящейся съ привилегіей области обязательствъ?

Таковы въ эту пору ordonnance 1560 г. (ord. d'Orléans), 1563 г. (ord. de Roussillon), 1566 г. (ord. de Moulins), укрощающій самовластіе провинціальныхъ правителей, указывающій предѣлъ праву протеста, droit de remontrance, мѣстныхъ парламентовъ, и въ особенности, для права гражданскаго, ограничивающій для договорныхъ сдѣлокъ доказательство чрезъ свидѣтелей опредѣленной цѣной сдѣлки [1]).

Это все предвѣстія образованія единыхъ, общихъ, чисто-цивильныхъ нормъ права частнаго, которое, по отношенію къ его содержанію, медленно и постоянно обогащается путемъ развитія и расширяющагося примѣненія кутюмовъ, дѣятельностью судовъ, научной разработкой и сочетаніемъ элементовъ римскаго и мѣстнаго правъ.

Ordonnance'ы не оставались неразработанными юристами. И здѣсь видна ихъ рука. Barnabé Brisson составилъ сводъ ихъ и публиковалъ подъ именемъ Code Henri III, Basiliques. Это полу-оффиціальный сводъ, не обязательный для судовъ, даже заподозрѣнный Loyseau, который находилъ, что Brisson tribonianisait trop, т.-е. много добавлялъ *своего* тамъ, гдѣ ordonnance'ы оставляли пробѣлы (des lacunes). Такихъ code'овъ позже стало много, Code Henri IV, Code Michaud (названный по имени собирателя, chancelier Michel de Marillac), Code noir и пр.

Но въ исторіи ordonnance'овъ нѣтъ явленія болѣе характернаго и важнаго для всего процесса развитія французскаго *общаго* гражданскаго права, чѣмъ знаменитые ordonnance'ы Людовика XIV, *sur la procédure civile 1667 года*, *pour le commerce du continent 1673* [2]), *de la marine 1681*, всѣ три оказавшіе рѣшительное вліяніе на послѣдующіе Code de procédure civile и Code de commerce, имѣющіе великое значеніе для исторіи права не только французскаго, но и русскаго и европейскаго вообще.

XVIII вѣкъ даетъ еще рядъ важныхъ общихъ ordonnance'овъ цивильнаго содержанія, о дареніяхъ (des donations), о тестаментахъ (des testaments), субституціяхъ (1731, 1735, 1747). Въ ту же пору у руководящихъ людей видно стремленіе объединить

---

[1]) Контрактъ на сумму 100 ливровъ долженъ быть редижируемъ на письмѣ изъ опасенія злоупотребленій свидѣтельскими показаніями, о конхъ Loisel сказалъ: qui mieux abreuve, mieux preuve.

[2]) Французы называютъ его Code marchand, Code Savary, по имени одного изъ важнѣйшихъ негоціантовъ Парижа, который очень содѣйствовалъ выработкѣ этого кодекса.

все право въ одномъ corps des lois qui seront faites dans cette vue. Таковы мысли канцлера d'Aguesseau. Но эту проблему кодификаціи мы разъяснимъ себѣ въ другой связи.

Здѣсь заключаемъ, что стремленіе права во Франціи исторически идетъ *отъ партикуляризмовъ къ нормамъ общимъ* и что этотъ процессъ совпадаетъ *съ обособленіемъ элементовъ права частнаго отъ публичнаго*. Путь, нами намѣченный къ этой цѣли, есть разработка кутюмовъ, содѣйствующее ей вліяніе римскаго права, образованіе центральныхъ органовъ юстиціи и законодательства.

2) Обратимся *къ обозрѣнію тѣхъ же процессовъ на нѣмецкой почвѣ*.

Если мы, слѣдуя критерію, данному выше Пухтой, будемъ измѣрять сочетаніе элементовъ права общаго и партикуляризмовъ въ Германіи, то убѣдимся легко, насколько Германія уступаетъ, въ культурѣ права, своему зарейнскому сосѣду. При всей настойчивости, съ которою трудятся нѣмецкіе ученые надъ изученіемъ своего прошлаго, раскрытіе въ немъ элементовъ *своего* общаго права даетъ крайне скудные результаты. Преобладаніе смѣшанныхъ образованій, полу-цивильнаго, полу-публичнаго характера, въ томъ, что нѣмцы называютъ *своимъ*, господство розни и партикуляризмовъ въ правѣ составляетъ, какъ въ прошломъ, такъ и въ настоящемъ, отличительную черту нѣмецкаго праворазвитія. Оттуда, конечно, этотъ нетерпѣливый, несдержанный характеръ новаго движенія въ нѣкоторыхъ кружкахъ къ объединенію права наперекоръ исторіи, эта грубая борьба противъ историческаго направленія въ правовѣдѣніи, эти попытки строить системы права на усмотрѣніи, на внѣшнемъ авторитетѣ, на принужденіи, на силѣ. Прошлыя судьбы явно не удовлетворяютъ завистливую къ успѣху объединенной Франціи мысль нѣмецкаго юриста, и если по временамъ грубо выступаетъ національное самообольщеніе, то въ немъ сказывается скорѣе потребность утолить болѣзненное чувство, чѣмъ настоящая вѣра въ преимущество нѣмецкаго національнаго права. Посему Эмиль Кунце несомнѣнно вполнѣ искрененъ, когда присваиваетъ историческому греческому генію область неподражаемаго творчества въ скульптурѣ, римскому—въ правѣ, нынѣшнему (нѣмецкому)... въ музыкѣ. Это тоже, что сказать: мы ничего не создали самобытнаго въ пластикѣ, въ правѣ, но, *зато* мы несравненные музыканты.

Мы видѣли выше смѣну системы такъ называемыхъ племенныхъ правъ началомъ территоріальности въ правѣ. Это явленіе для исторіи права въ Германіи совпадаетъ съ обособленіемъ даль-

нѣйшихъ политическихъ судебъ Германіи отъ Франціи. Начала права въ эту эпоху проникнуты идеями феодальнаго господства. Область права частнаго вовсе не обособлена отъ публичнаго. Нѣмецкіе историки, кромѣ недавнихъ, видящихъ въ этой именно порѣ, до рецепціи чужого права, подлинныя черты національнаго характера [1]), думаютъ, что здѣсь развиваются не столько „юридическія“, сколько „жизненныя“ отношенія, не Rechtsverhältnisse, а Lebensverhältnisse; не право и его формы, а матеріальная, или какъ это нынѣ обозначаютъ, экономическая, хозяйственная сторона быта устраивается соотвѣтственно жизненнымъ потребностямъ. Власть слабая въ центрѣ и сильная въ мелкихъ дѣленіяхъ феодальной сферы, даетъ себя чувствавать обильными поборами съ угнетеннаго населенія подъ видомъ обширныхъ регальныхъ притязаній на массу доходныхъ статей народнаго хозяйства. Всѣ права публичнаго характера коренятся въ захватѣ земель сильными феодальными господами. Отъ непосредственнаго имперскаго вассала до ландзасса, обрабатывавшаго чужую землю, вся лѣстница представляютъ собою разныя ступени феодальной зависимости. Власть короля становится еще болѣе ничтожной съ присвоеніемъ главѣ феодальной іерархіи достоинства императора, которое дѣлало его положеніе въ идеѣ универсальнымъ, на дѣлѣ безпомощнымъ, особенно въ интересахъ національнаго быта и права.

Ого всей этой поры столкновеній духовной и свѣтской власти, походовъ въ Италію, въ исторіи права мы имѣемъ общія нормы только для леннаго и уголовнаго права.

Между тѣмъ отдѣльныя юридическія отношенія, особые классы населенія и разныя территоріи имѣли свой судъ, подлежали дѣйствію разныхъ нормъ, мало связанныхъ одна съ другою. Ленныя отношенія подлежали суду ленному, гдѣ глава союза былъ судьей, а члены союза — присяжными. Это ленное право, отличное отъ земскаго права (Landrecht и Lehnrecht), примѣнявшагося въ графствахъ и сотняхъ публичными органами. Поземельныя и служебныя отношенія земледѣльческаго класса вѣдались фогтами, шульцами, по Hofrecht'у, принятому съ судѣ сеньора. Высшихъ и болѣе свободныхъ союзныхъ формъ достигли постепенно лишь города. Въ городахъ все населеніе территоріи подлежало одному суду, и такъ какъ союзы городовъ развились очень широко, то для городского права (Stadtrecht) раньше образовались центральные пункты, высшіе органы правосознанія (Mutterstadt), къ коимъ

[1]) Въ особенности Heussler (см. выше).

пригородъ (Tochterstadt) обращался въ случаяхъ неизвѣстности права.

Съ XIII вѣка въ обиліи образуются начертанія письменныя разныхъ правъ. Важнѣйшее изъ нихъ по историческому значенію есть Саксонское Зерцало (Sachsenspiegel), составленное частнымъ лицомъ (рыцаремъ Eike von Repkow) въ первой половинѣ XIII вѣка. Въ немъ нѣтъ Dienst-, Hof-, Stadtrecht'a, и содержаніе его ограничивается мѣстнымъ саксонскимъ земскимъ правомъ и правомъ леннымъ. Переработку его и расширенное примѣненіе мы видимъ черезъ нѣсколько десятилѣтій въ такъ называемомъ Schwabenspiegel неизвѣстнаго автора. Оба сборника пріобрѣли въ XIV и XV вѣкѣ большой авторитетъ въ судахъ далеко за за предѣлами территоріи ихъ первоначальнаго примѣненія. Они переведены на латинскій, французскій, польскій, чешскій, голландскій языки, и ихъ разсматривали, совершенно вопреки ихъ первоначальному источнику, какъ общее имперское право. Потребность правообщенія пробивались сквозь тяжелыя и узкія формы феодальнаго быта и готова была примкнуть къ любому явленію. заключающему въ себѣ *элементы* общаго права. Такимъ было земское саксонское право, такими же стали для городскихъ правъ права Любека, Магдебурга, Иглау, Ратибора и друг. не только въ Германіи, но и въ прилежащихъ славянскихъ земляхъ. Мы будемъ имѣть случай говорить впослѣдствіи объ этихъ источникахъ, оставившихъ до сего времени частичные признаки нѣкогда очень широкаго вліянія на отдѣльные юридическіе институты въ нашихъ западныхъ окраинахъ.

Для самой Германіи Саксонское зерцало и примыкающія къ нему переработки, комментаріи, добавки, имѣли авторитетъ источника общаго права, державшійся, въ духѣ того времени, совсѣмъ не на формальномъ юридическомъ основаніи, а на общей *вѣрѣ*, что тутъ скрытъ Императорскій законъ. Чѣмъ меньше норма имѣетъ характеръ внѣшне-авторитетный, тѣмъ старательнѣе составители подбираютъ основанія для ея незыблемости въ политическихъ представленіяхъ того времени, даже въ сказаніяхъ библейскихъ. На нѣкоторыхъ спискахъ Саксонскаго зерцала теперешніе изслѣдователи читаютъ такія приписки: hier eyendet das boec der Kayser rechten, gheheten die Spiegel van Sassen (голландская переработка). Въ другихъ спискахъ читаемъ: weliches dan der Kayser Recht will, das müssen alle Land leyden und wissen, wan der Kayser ist Vater des Reichs. Существуютъ собранія мнѣній и рѣшеній шöффеновъ, коихъ авторитетъ еще незыблемѣе, ибо собиратели возводятъ происхожденіе ихъ до

„*перваго* царя Нимрода“ (der erste Kunig Nemrod von Babylonien). Противъ *такихъ* авторитетовъ натурально не легко было спорить и еще менѣе возможно было поносить ихъ мнѣнія, къ чему вообще имѣли склонность вѣинствующіе борцы за право того времени. Къ кому жъ въ самомъ дѣлѣ обратиться съ протестомъ, когда самъ Нимродъ судитъ такъ, а не иначе?

Въ такихъ поискахъ за солидными авторитетами люди юридическаго ремесла обращались и къ латинскимъ текстамъ римскихъ источниковъ. Тайна чужой рѣчи скорѣе содѣйствовала безповѣрочности авторитета библейскихъ и свѣтскихъ источниковъ, чѣмъ мѣшала ихъ силѣ. Духомъ вѣры проникнуты въ ту пору не одни исканія нормъ, но и формы процесса. Еще за-долго до той поры, когда римское право стало предметомъ рецепціи въ цѣломъ составѣ, отдѣльные тексты его уже были въ ходу у юристовъ. Прямой римской традиціи въ Германіи не было, какъ это было во Франціи. Но отчего же мастеру права новаго времени не обратиться за совѣтомъ къ старымъ мастерамъ? Такимъ образомъ въ швабскомъ зерцалѣ встрѣчаются такія мѣста: des vrage wir (говоритъ составитель сборника) einen Meister von landrechte, der heizet Marcellus, der half den Kunigen vil guoter landrechte machen.

Было ли, однако, право, для котораго подыскивались такія солидныя базы, и по содержанію своему правомъ общимъ? Совершенно нѣтъ. Исканіе этихъ базъ указываетъ только на *стремленіе къ нѣкоторой общности* правосознанія въ западномъ мірѣ вопреки розни, существовавшей въ дѣйствительности. Въ то же время близость правооснованій къ религіи, признаки субъективносознаваемыхъ императивовъ права указываютъ намъ на трудность достиженія той подлинной общности юридическихъ нормъ, какую знала римская мысль.

Какъ же характеризовать особыя свойства права этой эпохи со стороны его содержанія?

Мы остановимся на 2-хъ опредѣляющихъ его моментахъ. Многія подробности могутъ быть уяснены лишь въ очеркахъ отдѣльныхъ институтовъ. Вотъ эти два момента.

Лицо въ эту пору не есть persona singularis, отдѣльный человѣкъ, способный стать субъектомъ права себя ради, какъ это было въ Римѣ (utilitas singulorum см. выше). Такого частнаго лица, такъ же какъ и противолежащаго понятія государства, въ римскомъ смыслѣ, вовсе не существуетъ въ эту пору. Вмѣсто этого мы видимъ состояніе и *положеніе лицъ* характеризованнымъ и *опредѣленнымъ принадлежностью ихъ къ* многообразнымъ

союзнымъ формамъ, созданнымъ средневѣковою жизнью. Это союзъ феодальный, церковный, племенной, земскій, городской, торговый, ремесленный и проч. Внѣ этихъ союзныхъ формъ нѣтъ правоспособнаго субъекта. Внутри ихъ правоспособность лица въ высшей степени условлена интересами союза, а не пользой самого лица или государства. Посему изслѣдованіе многочисленныхъ союзныхъ формъ того времени есть одна изъ благороднѣйшихъ и важнѣйшихъ задачъ изученія того быта [1]), далеко еще и для насъ не утратившаго практическаго значенія для уразумѣнія права въ современной Германіи и въ Россіи, въ особенности въ прибалтійскихъ провинціяхъ.

Другой опредѣляющій характеръ права той эпохи моментъ есть рѣшительное преобладаніе институтовъ типа *вещнаго* надъ формами договорно-обязательственными. Свободныя договорно-обязательственныя отношенія замѣнены здѣсь исторически-образовавшимися и не разложившимися еще союзными формами. Типъ вещнаго правоотношенія есть доминирующій. Разнообразіе и многочисленность *вещныхъ притязаній*, часто *на одну и ту же вещь*, дѣлаетъ здѣсь свободный оборотъ, commercium juris civilis, крайне скуднымъ, медленнымъ, условнымъ, связаннымъ. Тамъ, гдѣ конструкція правоотношенія должна быть разсчитана на дѣятельную волю лица, эти формы представляютъ собою настоящія цѣпи, которыя приковываютъ человѣка къ имуществу, тяготѣютъ надъ нимъ, обременяютъ его, вмѣсто того, чтобъ раскрывать просторъ его дѣятельной волѣ. Онѣ носятъ вѣковѣчный характеръ, связывающій не только отдѣльныхъ людей въ эти разъ на всегда данныя формы коллективнаго обладанія, но подчиняющій этой неволѣ цѣлыя поколѣнія.

Если формы договорныя, между отдѣльными людьми, не обособлены отъ вещныхъ институтовъ и скудны, то, съ другой стороны, онѣ захватываютъ область отношеній наслѣдственнаго права, сплетая commercium inter vivos со сдѣлками и институтами mortis causa.

Германисты видятъ въ этихъ чертахъ преобладанія вещныхъ правоотношеній характерныя особенности нѣмецкаго правосознанія. Но едва-ли не вѣрнѣе будетъ сказать, что онѣ характери-

[1]) Первое мѣсто въ исторической разработкѣ капитальныхъ вопросовъ принадлежитъ нынѣ несомнѣнно Otto Gierke. Das deutsche Genossenschaftsrecht. I, Bd.: Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft, 1868 г., II. Band.: Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs, 1873. III. Band: Die Staats-und Corporationslehre des Alterthums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland. 1881 г. Эта послѣдняя книга составляетъ историко-догматическую работу самаго высокаго интереса. Мы будемъ позже имѣть въ виду результаты ея изысканій для теперешняго права въ ученіи о лицахъ въ особенности.

зуютъ не столько національность, сколько время, эпоху экономической и соціальной жизни.

Если вы возьмете эти характерныя черты, то здѣсь окажутся, въ отличіе отъ римскаго права, *многочисленныя формы общности*, стало быть нераздѣльности, часто неопредѣленности правъ, обиліе выжидательныхъ притязаній, заповѣдныхъ формъ, реальныя тягости и проч.

Разнообразіе такихъ формъ *нераздѣльности*, *заповѣдей*, *тягостей*, *выжидательныхъ притязаній*, можетъ быть очень обильнымъ, и однако, едва ли правильно называть это богатствомъ германскаго вещнаго права въ отличіе отъ скудости римскихъ формъ. Множество заповѣдей, тягостей, выжидательныхъ притязаній къ чужому имуществу не дѣлаетъ формы вещнаго права богатыми, а лишь очень сложными, условными, спутанными, пестрыми, нечистыми. Точно такъ же чистота римскихъ цивильныхъ конструкцій, раздѣльность правъ не дѣлаетъ ихъ скудными, а лишь простыми, распознаваемыми, удобоприменимыми.

У германцевъ ихъ пестрыя вещныя притязанія замѣняютъ собою и договорно-обязательственныя и наслѣдственныя отношенія. Въ нихъ нѣтъ ни подвижности, ни примѣнимости, ни легкой распознаваемости. Это обиліе несвободныхъ положеній лица, грубое сочетаніе интересовъ матеріальнаго обладанія, котораго отнюдь нельзя не только предпочитать, но ниже сопоставлять съ тѣми формами раздѣльнаго обладанія и свободныхъ сочетаній интересовъ лицъ, въ основѣ коихъ лежитъ воля каждаго участника, широкій обмѣнъ интересовъ, легко образующіяся и разрѣшаемыя формы договорно-обязательственнаго отношенія.

Наше заключеніе такое—въ институтахъ имущественныхъ это пора господства вещнаго права и матеріальнаго строенія обязательственныхъ формъ. Ея черты знакомы намъ отчасти изъ національной римской системы, когда, такъ же какъ здѣсь, идея обязательства не обособилась отъ права вещнаго. Но тамъ, въ ту пору въ Римѣ, мы имѣли все же одинаковыя и извѣстныя нормы права *для всѣхъ* правоспособныхъ и обособленное отъ права публичнаго право частное. Здѣсь нѣтъ ни этого обособленія, ни этого равенства лицъ, ни этой извѣстности нормъ. Право публичное и частное тѣсно соприкасаются въ безчисленныхъ союзныхъ формахъ, и вмѣсто началъ равенства передъ общимъ закономъ мы видимъ начало господства однихъ круговъ лицъ, выше стоящихъ, надъ другими, нижестоящими, зависимыми отъ первыхъ и въ публичномъ, и въ частномъ правѣ одинаково.

Въ подробностяхъ противоположеніе институтовъ вещнаго и

договорнаго права римскаго и германскаго мы сдѣлаемъ въ своемъ мѣстѣ, при изученіи отдѣльныхъ институтовъ цивильной системы.

Историки германскаго права отмѣчаютъ, какъ переходные признаки отъ этихъ условій быта къ новымъ, явленія экономическія. Вамъ извѣстны изъ политической экономіи противоположенія понятій хозяйства натуральнаго и денежнаго. Именно этой экономической метаморфозой знаменуется переходъ отъ формъ средневѣковаго юридическаго быта къ новому. Натурально, явленіе это не обнимаетъ быстро всѣхъ сторонъ стараго быта. Раньше всего признаки измѣнившихся условій появляются въ строѣ городской жизни. На крестьянскомъ землевладѣніи долго еще продолжала лежать и удержалась въ Германіи до нашихъ дней тяжесть сеньоріальныхъ притязаній; между тѣмъ въ городахъ процессъ освобожденія и очищенія недвижимостей отъ тягости сеньоріальныхъ притязаній, въ особенности на застроенную городскимъ классомъ землю, начинается очень рано. Владѣльцы городской недвижимости, люди торговаго и ремесленнаго класса, энергичнѣе крестьянскаго класса выбились изъ-подъ зависимыхъ титуловъ землевладѣнія на путь чистой, свободной частной собственности на землю. Новыя экономическія условія открывали имъ возможность путемъ выкупа, сперва за постоянную денежную ренту, а потомъ погашеніемъ этой ренты, придти въ положеніе отдѣльнаго и исключительнаго обладанія недвижимостями на чисто частномъ правѣ.

И такъ, съ помощью договорныхъ обязательствъ, *обязательствъ денежныхъ*, въ особенности, *разлагаются старыя формы общности* обладанія недвижимостью. Оборотъ съ деньгами разрывалъ старыя узы зависимости, господства экономическаго, еще вѣрнѣе, хотя и не столь быстро, чѣмъ порохъ разрушалъ феодальные замки, и успѣхи знанія и печати—господство старыхъ духовныхъ корпорацій, противодѣйствовавшихъ прежде столь смѣло развитію свѣтской власти.

Это знаменіе новаго государства и новаго права.

Въ экономическомъ и юридическомъ смыслѣ мы видѣли подобное явленіе въ исторіи права римскаго, гдѣ идея договорнаго обязательства разложила исключительное господство типа вещныхъ правоотношеній, выразилась въ образованіи пекуніарной кондемнаціи (condemnatio pecuniaria) и открыла, такимъ образомъ путь свободному развитію системы цивильныхъ институтовъ позднѣйшей эпохи (выше, стр. 72).

Въ политической жизни нѣмецкой націи надлежитъ замѣтить

очень характерное для послѣдующей исторіи нѣмецкаго права *ослабленіе центральной имперской власти* въ ту самую пору, когда во Франціи власть королевская, несомнѣнно, окрѣпла. Власть императора была до крайности стѣснена необходимостью согласія имперскаго сейма, состоявшаго изъ 3-хъ коллегій (курфюрстовъ, имперскихъ князей и городовъ), по всѣмъ важнымъ государственнымъ вопросамъ, а по дѣламъ юстиціи — компетенціей высшаго имперскаго судилища (Reichskammergericht, 1495), члены коего назначались не однимъ императоромъ. Зато новое время несло съ собою *сильное развитіе мѣстной территоріальной власти отдѣльныхъ князей*, вассаловъ безсильной имперіи. Земскіе князья, приведшіе центральную имперскую организацію къ совершенному ничтожеству, развили внутри своихъ территорій начало личной власти до полнаго абсолютизма.

При этихъ условіяхъ политической жизни націи исторія права въ Германіи представила собою изумительное явленіе двойственности. Съ одной стороны мы видимъ поразительно быстрые *успѣхи рецепціи чужого общаго гражданскаго* права въ юстиніановской кодификаціи почти на всемъ пространствѣ Германіи, съ другой — соперничающую дѣятельность земскихъ князей создать *для отдѣльныхъ территорій фармально обязательные кодексы*, которые, если не всегда по существу, то по формѣ разъединяютъ жизнь націи, содѣйствуютъ партикуляризмамъ и препятствуютъ развитію общаго національнаго правосознанія. Дѣйствующее право все остается у нѣмцевъ или чужимъ, реципированнымъ, когда оно достигаетъ общности, или когда оно есть *свое*, его элементы всегда смѣшанные, полуцивильные, полуполитическіе и при семъ постоянно розные. Черта этой нѣмецкой общности въ правѣ будетъ нами разъяснена въ очеркѣ рецепціи, а противоположное ей стремленіе къ розни—въ очеркѣ кодификаціи. Примиреніе и удовлетворительное рѣшеніе обѣихъ задачъ — *созданіе права своего и общаго*, при этомъ общаго не въ идеѣ только, а въ дѣйствительности, обезпеченнаго единой государственной властью, не спутаннаго съ политическими элементами, а обособленнаго — *составляетъ задачу новаго времени* для молодой имперіи, нынѣ хотя и рѣшенную, но далеко не вполнѣ.

Чтобъ опредѣлить черты различія въ исторіи нѣмецкаго и французскаго права надо имѣть въ виду слѣдующіе пункты: а) въ Германіи нѣтъ непосредственной традиціи римскаго права и связаннаго съ этимъ постояннаго, живого взаимодѣйствія чисто цивильной римской системы со смѣшанными началами права новыхъ народовъ; b) здѣсь нѣтъ признаковъ ранней обработки

кутюмнаго права и соотвѣтственно этому рано образовавшагося національнаго правосознанія, которые дѣлали вліяніе права римскаго во Франціи вовсе не тѣмъ подавляющимъ, какимъ оно стало въ Германіи, и с) въ Германіи нѣтъ, какъ во Франціи, исторически сложившейся единой національной власти, которая была бы способна открыть широкій путь развитію общаго права безъ всякихъ компромиссовъ съ партикуляризмами, притомъ на основахъ своего, а не заимствованнаго правосознанія.

Отсюда вся эта литературная неурядица партикуляристовъ и объединителей, эти отчаянныя усилія ученыхъ смѣшать свое съ чужимъ, чтобъ открыть какіе-либо элементы своего общаго права, эти радикальные повороты отъ органическаго къ механическому воззрѣнію на право, эти опыты захватить всю область права частнаго въ сферу дѣйствія политики, эти невѣрныя и измѣнчивыя построенія юридическихъ ученій то на основѣ свободы, которая есть подлинная для права, то на соображеніи необходимости, разсчета, наконецъ, на грубой силѣ...

Не менѣе того и для Германіи мы не можемъ не констатировать *постоянно прибывающаго элемента общности въ правѣ на счетъ партикуляризмовъ*, постояннаго процесса упраздненія послѣднихъ въ тѣснѣйшей связи съ образованіемъ сравнительно болѣе обширныхъ союзныхъ территорій.

Едва ли возможно сомнѣніе въ томъ, что это общій и мало смущаемый случайными явленіями жизни историческій законъ ново-европейскаго общества, какъ и стараго римскаго. *Право гражданское у насъ*, какъ и тамъ, *становится постоянно болѣе и болѣе чистымъ и свободнымъ отъ политической и иной примѣси* и вмѣстѣ съ этимъ болѣе и *болѣе общимъ*.

Мы замѣтили это явленіе пока по отношенію къ цѣлой системѣ гражданскаго права во Франціи, частью въ Германіи.

§ 6.

Право общее и особенное (продолженіе).—Явленія правообщенія при столкновеніи разныхъ территорьяльныхъ нормъ въ ихъ примѣненіи къ различнымъ институтамъ гражданскаго права. — Ученіе о статутахъ въ средніе вѣка и въ новое время.—Успѣхи общенія независимо отъ наличности формальной основы для *права общаго*. — Проектъ 1888 г. и нормы нѣмецкаго Императорскаго Гражданскаго Уложенія 96 г.

Но нельзя ли найти въ новое время нѣчто соотвѣтствующее этому процессу постоянно развивающагося правообщенія *въ сферѣ*

отдѣльныхъ институтовъ, какъ это мы видѣли въ Римѣ? Нельзя ли и у насъ измѣрить тѣми же стадіями успѣхи развитія общаго права, коими мы измѣряли его въ Римѣ? Нѣтъ ли и тутъ той же разницы между одними институтами гражданскаго права, болѣе способными стать общими, и другими, менѣе пригодными для этой цѣли?

Откуда мы взяли бы отвѣты на эти вопросы? Ихъ можно искать въ исторіи любого права, французскаго, нѣмецкаго. Для полнаго разъясненія вопроса намъ надлежало бы войти въ подробности изученія исторіи этихъ правъ—перебрать явленія жизни не на одной какой-либо націи, а цѣлаго ряда ихъ.

Не подлежитъ, однако, сомнѣнію, что намъ легче и сподручнѣе обратиться не къ этимъ частнымъ явленіямъ новой исторіи права, а къ какому-либо изъ явленій характерныхъ для всей его исторіи въ новомъ мірѣ. Сдѣлать такія наблюденія въ исторіи новоевропейскаго права несомнѣнно труднѣе, чѣмъ въ жизни Рима. Тамъ формы типичнѣе, проще, явленія менѣе сложны. Въ исторіи Рима проходитъ жизнь одного могучаго народа, который обнимаетъ въ судьбахъ своихъ, въ результатѣ, всю исторію античной культуры права. У насъ нѣтъ этого условія, и за то тѣмъ цѣннѣе, въ этихъ неблагопріятныхъ условіяхъ общенія, *раскрытіе того же закона постепенности историческаго общенія разныхъ народовъ въ сферѣ тѣхъ или другихъ институтовъ гивильной системы.*

Кругъ этихъ явленій составляетъ нынѣ спеціальную и трудную для изученія область частнаго международнаго права, въ коей элементы позитивнаго права повсюду очень скудны и гдѣ очень мало постоянства и согласія взглядовъ у писателей даже въ вопросахъ принциповъ, не только въ подробностяхъ; со всѣми трудностями дѣла вы встрѣтитесь въ курсѣ частнаго международнаго права [1]).

И такъ, здѣсь мы коснемся исторіи *частнаго международнаго права* лишь насколько оно важно для насъ съ указанной точки зрѣнія. Въ новомъ правѣ очередь его разъясненія наступила на западѣ тогда, когда систему правъ личныхъ смѣнила система территоріальная (см. выше). Не законъ племени, къ коему лицо принадлежитъ, а законъ территоріи, земли, гдѣ живетъ субъектъ правоотношенія, рѣшаетъ выборъ нормы, которой подчиняется

---

[1]) Изъ нашихъ цивилистовъ богатѣйшія литературныя указанія къ вопросу вы найдете въ неоконченномъ курсѣ гражд. права бывш. петербургскаго профессора К. И. Малышева. Это отдѣлъ, разработанный имъ какъ бы монографически. Солиднѣйшая монографія по этому вопросу съ обзоромъ старой литературы (до 1842 г.) принадлежитъ Wächter'y см. Arch. f. d, Civ. Praxis. Bd. 24 и 25. Новыхъ писателей масса (см. курсы международнаго права).

вся его юридическая сфера. Мы отмѣтили выше, что въ этихъ условіяхъ территоріальной системы, особенно со времени развитія феодальнаго быта, различіе публичной и частной сферы права до крайности сгладилось. По отношенію къ отдѣльному лицу, въ этихъ условіяхъ, принципіально ставится вопросъ не о его правѣ, а о его поземельномъ положеніи, властномъ или подчиненномъ на извѣстной территоріи.

Мы видѣли выше это начало въ исторіи права Франціи. Его же мы встрѣчаемъ въ Германіи въ эпоху Саксонскаго зерцала. Оно есть общее для всѣхъ европейскихъ областей того времени. Юридическая формула, выражающая это начало территоріальной исключительности въ вопросахъ права у postglossator'овъ есть такая: statutum territorium non egreditur, statutum non porrigitur или se non extendit extra territorium statuentis [1]). Это было именно то *пятно права частнаго публичнымъ*, начала свободы началомъ необходимости, о которомъ говорено выше.

Какой возможный смыслъ этого положенія? Оно толкуется въ томъ смыслѣ, что судья не въ правѣ примѣнять въ предѣлахъ своей территоріи никакого положенія кромѣ мѣстнаго, исходящаго отъ авторитета здѣшней законодательной власти. Исключеніе составляли для этой эпохи только нормы, источники коихъ лежали въ авторитетѣ церкви, въ правѣ кононическомъ, или въ удержавшихся и теперь элементахъ племеннаго права, напр., для евреевъ [2]).

И такъ, эта монополія земскихъ господъ хозяйничать въ вопросахъ права? Быть можетъ, чисто формальный взглядъ на право остановится на этомъ положеніи какъ на рѣшающемъ и не найдетъ изъ него выхода для объясненія самой простой задачи, — какъ же можно было существовать въ этихъ условіяхъ при крайней дробности феодальныхъ территорій? Явнымъ образомъ, намъ надо ближе къ жизни разъяснить себѣ смыслъ этой территоріальной исключительности. Законы XII табл. давали кредиторамъ власть in partes secare несостоятельнаго должника... И такъ, римляне были каннибалами? Совсѣмъ нѣтъ, и мы не имѣемъ никакихъ основаній дѣлать заключеніе такого рода, ибо угроза безправіемъ для всякаго, кто ступаетъ на чужую почву, такъ же какъ угроза смертью несостоятельному должнику составляетъ выраженіе лишь предѣла дозволеннаго, хотя далеко не всегда нужнаго и не всегда возможнаго способа дѣйствія. Всего чаще эти угрозы не

[1]) Она и. б. различно толкуема. См. указ. ст. Вахтера, Arch., т. 24, стр. 271.
[2]) Огражденіе евреевъ составляло резерватное и, конечно, весьма доходное право нѣмецкаго императора.

много страшнѣе на дѣлѣ, чѣмъ львы и другіе хищники на воротахъ феодальнаго замка или въ гербѣ нѣмецкаго барона. Надо еще, чтобъ была на лицо сила, и чтобъ былъ разсчетъ не выказывать только эту силу (vim dicere), а дѣйствительно ее примѣнить къ случаю. Послѣ остраствки желѣзными когтями обыкновенно тотчасъ наступаетъ очередь переговоровъ.

Что-жъ, въ данномъ случаѣ, въ вопросахъ о статутахъ? Независимо отъ того, что, при существованіи этихъ территоріальныхъ границъ для права, мы имѣемъ, отъ того-же времени, бездну договорныхъ соглашеній отдѣльныхъ земскихъ владыкъ между собой, съ церковью, съ городами, наука того времени, опираясь на авторитетъ римскаго права, въ данномъ случаѣ совсѣмъ непригодный, создала цѣлую скалу положеній, видоизмѣнившихъ ту строгую исключительность территоріальной силы въ вопросахъ права, которая выражена въ приведенномъ выше положеніи.

Именно это *ученіе о статутахъ и иллюстрируетъ намъ*, какъ нельзя лучше, *процессъ развитія правообщенія*, при всѣхъ неблагопріятныхъ для того условіяхъ, въ средніе вѣка. Въ этомъ процессѣ мы видимъ отчетливо еще разъ, какіе институты права скорѣе побѣждаютъ рознь и партикуляризмъ и въ какихъ эти черты удерживаются упорнѣе и дольше.

Движеніе мысли въ разработкѣ вопроса начинается въ Италіи въ эпоху post-глоссаторовъ. Въ толкованіи къ с. I C de Summa Trinitate Bartolus (1313—1359 г.) различаетъ, для случаевъ столкновенія нормъ разныхъ территорій въ правѣ договорномъ, а) *вопросъ о формѣ* заключенія договорной сдѣлки, при чемъ рѣшающей должна быть норма той мѣстности, гдѣ совершена договорная сдѣлка; эта *норма мѣста совершенія договора*, хотя бы и чужая для нашихъ судовъ, должна быть признана нашими *судами*; б) то же имѣетъ силу для *дѣйствія договора*, кромѣ, однако, случаевъ договора брачнаго и о приданомъ, гдѣ рѣшаютъ нормы мѣстожительства мужа. Бартолъ даетъ еще рядъ положеній, тоже касающихся сдѣлокъ inter vivos и mortis causa [1]).

Въ цѣломъ итальянская доктрина пришла, въ вопросѣ о столкновеніи нормъ разныхъ мѣстностей, статутовъ разныхъ терри-

---

[1]) См. указ. соч. Wächter'a, стр. 273 прим. За договорн. сдѣлками у Бартола слѣдуютъ завѣщательныя, въ явномъ, повидимому, противуположеніи съ процессомъ развитія общаго права у римлянъ, гдѣ, какъ мы видѣли, тестаментарное право запаздывало въ процессѣ правообщенія. Но надо принять во вниманіе, что въ средніе вѣка тестаментъ имѣлъ иное значеніе, чѣмъ въ Римѣ, въ особенности подъ вліяніемъ церкви.

торій, къ расчлененію трехъ видовъ нормъ, трехъ категорій статутовъ, statuta realia, personalia и mixta.

Это ученіе обошло всѣ европейскія области, въ коихъ культивировалось римское право на западѣ и гдѣ имѣла мѣсто система территоріальная. Въ немъ именно и заключается ремедура противъ исключительности территоріальной максимы. Далеко неясное и неоконченное въ рукахъ постглоссаторовъ это ученіе показываетъ намъ сразу, гдѣ именно область цивильной системы не можетъ ужиться на европейской почвѣ съ территоріальнымъ партикуляризмомъ. Здѣсь мы видимъ ровно то же явленіе, что въ исторіи права римскаго. Раньше всѣхъ другихъ элементовъ цивильной системы *изъ-подъ территоріальной опеки выходитъ свободная сфера договорнаго права.* Она становится самостоятельной силой, связующей розные интересы обладанія въ нѣкоторыя новыя сочетанія. Ее невольнымъ образомъ признаютъ территоріальные потентаты обязательной въ предѣлахъ своей территоріи, гдѣ бы ни завязалась договорно-обязательственная связь. Такова стихія договорнаго права, которая понемногу одолѣваетъ территоріальную исключительность (мы невольно припоминаемъ мысли Савиньи, что гражданское право развивается въ большей части своего содержанія независимо отъ законодателя, и мы видимъ здѣсь, въ какой именно части своего содержанія оно наименѣе условлено авторитетомъ закона).

Но какого договорнаго права? Мы видѣли выше, въ очеркѣ правообщенія у римлянъ, что не любыя договорныя формы одинаково способны для этой цѣли. Не то же ли говоритъ намъ Bartolus (см. выше, толков. B. къ c. 1 C. de Sum. Trin., подъ б)? Чужой статутъ примѣняется у насъ въ вопросѣ дѣйствія договора, кромѣ случая договора брачнаго и о приданомъ. Тутъ форма договора смѣшанная съ элементомъ семейнаго и вещнаго права. Она менѣе поворотлива. Мы это видѣли и у римлянъ, гдѣ jus connubii отстаетъ въ движеніи отъ jus commercii. Для новаго міра jus connubii, когда дѣло идетъ о союзѣ лицъ, о бракѣ, вращается, такъ сказать, по другой орбитѣ, чѣмъ въ Римѣ. Здѣсь долгое время это дѣло церкви. Но въ разсматриваемомъ вопросѣ рѣчь объ *имущественно*-брачномъ правѣ, и форма договора удерживаетъ характеръ локальный, партикулярный. Какіе же договоры ранѣе побѣждаютъ границы мѣстнаго права? Мы отвѣтимъ здѣсь только общимъ образомъ, ибо съ этимъ вопросомъ встрѣтимся еще въ системѣ. Отвѣтъ, однако, есть совершенно совпадающій съ явленіями исторіи права римскаго. Формы договора чистыя, формы обязательства на деньги, на опре-

дѣленное количество rerum fungibilium предшествуютъ другимъ; это формы договора, которыя нужны, чтобъ сдвинуть съ мѣста вещи, дать имъ оборотный характеръ, свойства и цѣну товара. Вотъ какія договорныя формы пробиваютъ раньше другихъ границы территоріальнаго господства и даютъ нормамъ права свойства всеобщности на счетъ партикуляризмовъ. Мы видимъ это явленіе не тамъ только, гдѣ дѣйствовала итальянская доктрина статутовъ, но и тамъ тоже гдѣ ее вовсе не знали, какъ у насъ въ практикѣ торговой юрисдикціи въ XVIII вѣкѣ.

Какой же результатъ? Доктрина статутовъ обошла всю Европу, примѣняясь къ условіямъ времени, видоизмѣняясь соотвѣтственно имъ, и слѣды ея сохранились до днесъ въ дѣйствующихъ кодексахъ. Ученые и нынѣ очень далеки отъ согласія не только въ подробностяхъ, но и въ основахъ своихъ построеній. Для насъ, однако, цѣннѣе этой разногласицы и нерѣдко довольно темныхъ побужденій то личнаго, то національнаго своекорыстія, которыя слышатся въ этихъ контроверзахъ, историческій процессъ, коему слѣдуетъ развитіе права.

Общее исходное правило,—statuta territorium non egrediuntur — постоянно и въ тѣсной связи съ успѣхами новаго государства, терпитъ изъятія въ болѣе или менѣе обширномъ кругѣ нормъ. Въ Германіи въ XVI вѣкѣ ученіе о статутахъ въ практикѣ высшаго имперскаго суда (Reichskammergericht), подъ вліяніемъ успѣховъ итальянской юриспруденціи, формулируется такъ:

1) Право и притязаніе къ вещамъ опредѣляются нормами территоріи, гдѣ вещи находятся. *Statuta de rebus* non extenduntur ad res extra territorium sitas. При этомъ не различаются случаи, когда вещи составляютъ предметъ юридическаго отношенія въ отдѣльности, отъ случаевъ, гдѣ онѣ входятъ въ составъ наслѣдства. И такъ, въ вопросѣ о наслѣдствѣ рѣшить должны нормы мѣста нахожденія вещей, а не мѣста пребыванія наслѣдодателя. Однако, у нѣкоторыхъ писателей этого времени [1]). (XVI в., Everard, Gail) проходитъ, по отношенію къ наслѣдованію, другой принципъ, именно для движимостей и капиталовъ, гдѣ они принимаютъ рѣшающую норму мѣстожительства наслѣдодателя, а не мѣста нахожденія имущества, по правилу mobilia ossibus inhaerent.

2) Для statuta personalia, т.-е. для нормъ, опредѣляющихъ право и дѣеспособность лица, когда вопросъ касается права распоряженія вещами, тоже первоначально дѣйствуетъ исключитель-

[1]) Вехтеръ, стр. 275, пр. 82.

ный принципъ примѣненія нормъ территоріи нахожденія вещей. Но скоро, однако, этотъ принципъ ограничивается недвижимостями, а въ общемъ stat. personalia примѣняются extra territorium.

3) Это же торжествующее надъ территоріальной максимой начало примѣняется и къ юридическимъ сдѣлкамъ, насколько вопросъ касается внѣшней стороны, формы ихъ совершенія. И такъ, я могу совершить въ чужой территоріи сдѣлку по законамъ мѣста совершенія, и сдѣлка, со стороны формы, будетъ имѣть силу повсюду. Statutum disponens circa solennitates extendit se etiam extra territorium.

И такъ, при всемъ обиліи спорныхъ пунктовъ, ученіе о статутахъ, имѣвшее своимъ исходнымъ положеніемъ неспособность чужихъ нормъ найти примѣненіе въ нашихъ судахъ, уже въ теченіе XVI вѣка знало такое множество исключеній, что старое положеніе „statutum territorium non egreditur“ правильно было выразить въ обратномъ смыслѣ „statutum egreditur territorium“, допуская изъ сего рядъ исключеній, въ числѣ коихъ главное мѣсто принадлежало правоспособности обладанія недвижимостями.

Останавливаясь на этомъ главнѣйшемъ пунктѣ партикуляризма въ новыхъ системахъ гражданскаго права, мы должны замѣтить, что землевладѣніе повсюду на западѣ, долгое время, и въ эпоху образованія новыхъ государствъ, удерживало характеръ далеко не свободный отъ элемента права публичнаго, далеко не чистоцивильный, а сильно смѣшанный съ началами привилегіи, сословности, съ элементомъ властнаго, въ той или другой мѣрѣ, отношенія къ населенію. Однако и здѣсь, въ теченіе XVIII в., исключительность примѣненія мѣстныхъ нормъ значительно смягчилась для тѣхъ случаевъ, когда недвижимость входила въ составъ наслѣдуемаго имущества какъ цѣлаго. Въ этихъ случаяхъ распространилась очень далеко практика примѣненія чужихъ нормъ къ вопросу о порядкѣ преемства такихъ имуществъ въ данной территоріи [1]).

Такимъ образомъ, выйдя въ началѣ территоріальной эпохи права на западѣ, отъ полной исключительности въ вопросахъ примѣненія чужихъ законовъ и дѣятельности чужого суда на нашей территоріи, мы пришли, въ заключеніе, къ характерному для развитія правообщенія результату, который западные юристы кратко формулируютъ такъ: civitas alterius civitatis leges apud se valere patitur, а для суда—rei judicatae vim in extraneis quoque foris agnoscendam esse, nemo facile negabit.

---

[1]) Wächter, Arch. XXV, стр. 193 и слѣд.

Въ подробностяхъ вопросъ продолжаетъ, какъ сказано, давать пищу многочисленнымъ контроверзамъ. Классическое изслѣдованіе Савиньи по этому предмету въ VIII т. его Системы еще далеко не устранило споровъ [1]). Mais ce qu'il y a de certain,—говоритъ одинъ изъ очень авторитетныхъ французскихъ писателей по этому предмету, Foelix,—c'est qu'aujourd'hui toutes les nations ont adopté *en principe* l'application dans leurs territoires des lois étrangères. Натурально, никто не оспариваетъ безусловнаго права государства отвергать вовсе такія юридическія установленія другихъ государствъ, которыя чужды его духу. Но, гдѣ нѣтъ такого *исключительнаго* отношенія къ чужому закону, тамъ общая современная исходная точка суда и права европейскихъ государствъ есть *взаимное общеніе* цивильныхъ нормъ всѣхъ государствъ, а не отрицаніе, съ котораго началась европейская культура права [2]).

И такъ, здѣсь, на новой почвѣ, мы видимъ, въ исторіи права осуществленіе того же закона постепеннаго развитія количественнаго преобладанія нормъ общихъ на счетъ партикуляризмовъ, въ связи съ обособленіемъ права частнаго отъ публичнаго, и по

---

[1]) Руководящій принципъ, цивильнаго *правообщенія* (Rechtsgemeinschaft) выставленный Савиньи, формулированъ имъ въ томъ смыслѣ, что во всякомъ юридическомъ отношеніи надлежитъ найти ту *территорію* (Rechtsgebiet), коей оно, *соотвѣтственно его особой природѣ*, принадлежитъ или подчиняется, короче—въ коей оно имѣетъ свою осѣдлость (worin dasselbe seinen Sitz hat). Въ существенныхъ чертахъ эта формула, думаетъ Савиньи, одинаково приложима къ случаямъ столкновенія разномѣстныхъ статутовъ какъ одного государства, такъ и разныхъ государствъ (VIII т., стр. 108). Литературная критика отнеслась къ этой формулѣ Савиньи, по справедливому замѣчанію Регельсберга (Pandekten стр. 168 пр. 2), весьма мелочно, поставивъ себѣ цѣлью уяснить какъ это *правоотношеніе*, не представляя собою *ничего матеріальнаго* способно einen Sitz haben, имѣть осѣдлость; какъ будто въ самомъ дѣлѣ правоотношенія по имуществу, личныя, семейныя не заключаютъ въ себѣ матеріальной стороны и юридическій смыслъ осѣдлости неясенъ для юриста. Въ этомъ мелочномъ духѣ см. нынѣ еще Carl Crome (System, d. deutcsh. bürg. R. стр. 132),

[2]) См. Современное международное право цивилизованныхъ народовъ Ф. Мартенса, изд. 3 (1896 г.), т. II, стр. 285 — 377 (международное частное право), гдѣ читатель найдетъ обильныя литературныя указанія. Для старой литературы Wächter указ. статьи Архива, т. XXIV, ст. 231—234, примѣчанія. Для частнаго международнаго права по Bürg. gesetzb. f. d. deutsche Reich. d-r. Caesar Barazetti Das internat. Priv. recht im Bürg Gstzb. 1897. Изъ подробнаго знакомства съ современнымъ положеніемъ вопросовъ частнаго международнаго права (см. указан. соч. проф. Мартенса) легко придти къ убѣжденію, на какомъ далекомъ разстояніи отъ желательнаго находится *дѣйствительное правообщеніе* цивилизованныхъ государствъ и сколь многаго еще предстоитъ намъ ожидать отъ будущаго въ этой скользкой области столкновенія интересовъ. Въ нѣмецкой литературѣ новаго времени особенно обширные трактаты Bar (коротко въ энциклоп. Гольцендорфа), Zittelman, Niemeyer; а также назван. выше Пандектныя руководства и учебники и системы по Имперск. Гражд. Уложенію 1896 г,

тѣмъ же приблизительно ступенямъ общенія въ разныхъ институтахъ, какія мы наблюдали въ исторіи права римскаго.

Не можетъ быть сомнѣній, что элементы системы универсальной для институтовъ цивильныхъ обогатились до чрезвычайности въ новое время, и что процессъ этотъ идетъ въ тѣснѣйшей связи съ выдѣленіемъ вопросовъ права частнаго изъ близкаго соприкосновенія, изъ смѣшенія съ институтами права публичнаго.

Мы не имѣемъ основанія опредѣлять это явленіе понятіемъ *права общаго* въ установленномъ нами выше формальномъ смыслѣ. Общаго *источника* для этихъ примиренныхъ противорѣчій нѣтъ. Нѣтъ *внѣшняго* авторитета, дающаго имъ санкцію. Нельзя признать формальную основу этого общенія въ правѣ обычномъ. И что же? Должны ли мы отвергать, въ виду этого, свойство *права* въ этихъ институтахъ собственности, договора, наслѣдованія, общихъ для всѣхъ новыхъ государствъ? Мы ограничимся тѣмъ, что за явленіемъ правообщенія этого рода признаемъ характеръ *универсальнаго*, свойство всеобщаго между культурными народами права, независимо отъ отсутствія въ этомъ правообщеніи признаковъ *формальнаго общаго права*. Не подлежитъ сомнѣнію, что въ наше время найдутся юристы, которые откажутъ юридическому институту въ признаніи потому именно, что его нѣтъ въ сводѣ мѣстныхъ постановленій, хотя бы существованіе его въ жизни не подлежало никакимъ сомнѣніямъ. Это усердіе къ формамъ не разъ проявлялось самымъ тяжелымъ для жизни образомъ въ конструкціяхъ юристовъ. Тамъ ли, однако, созидается право, гдѣ наличность его опредѣляютъ предшествующимъ изысканіемъ *формальныхъ признаковъ*? Помѣшало ли успѣху рецепціи римскаго права на западѣ отсутствіе всякаго оффиціальнаго текста юстиніановской кодификаціи? Составляла ли практика преторскаго суда примѣненіе эдикта, или, наоборотъ, самъ эдиктъ претора возникалъ и пополнялся изъ этой практики? Какъ образовалась вся система институтовъ juris gentium въ Римѣ? Таковы явленія творчества права въ античномъ мірѣ. По существу и новое время приближается къ этому же отторженію процессовъ юридическаго творчества отъ заранѣе намѣченныхъ формальныхъ признаковъ законченной легальной или обычноправной нормы. Мы видѣли это въ положеніи art IV Code civil по отношенію къ вопросамъ права, на которые судья не находитъ отвѣта въ своемъ кодексѣ. Это положеніе реципировали и наши Судебные Уставы.

Мы знаемъ хорошо, что *элементы правообщенія* возникаютъ не вдругъ готовыми, оконченными, со всѣми реквизитами фор-

мально-обязательной нормы. Этому предшествуетъ органическій процессъ роста ихъ; движущая сила остается скрытой, прежде чѣмъ выразится въ опредѣленной формѣ. Моментъ внѣшняго принужденія, Zwang'a, не есть непремѣнный *для состава юридической нормы*, конституирующій ее. Право, находящееся на степени субъективно сознаваемаго, въ процессѣ его образованія какъ нормы (das Werden des Rechts), *есть все же право*, и въ этомъ пониманіи природы права лежитъ безсмертная заслуга исторической школы. У насъ нѣтъ органовъ столь чуткихъ для выраженія этихъ медленныхъ процессовъ, какіе были въ Римѣ. Мы различаемъ формальный и историческій моментъ въ правѣ. Но это различіе не есть необходимое, условленное самой природой права, права частнаго въ особенности. Тамъ, гдѣ органы праворазвитія стояли ближе къ жизни, лучше регистрировали отношенія *текущаго движенія* въ ту или другую сторону, чѣмъ у насъ, этого различія не знали и не дѣлали. Мы его дѣлаемъ, но намъ надлежитъ знать причину, основу этого различія, лежащую не въ правѣ, а въ особомъ строеніи нашихъ государствъ, на коемъ слѣдъ старой территоріальной розни далеко еще не изгладился. Не менѣе того тѣ *частичныя торжества въ достиженіи правообщенія*, какія мы отмѣтили выше, составляютъ столь же прочное достояніе современной европейской культуры права, какъ и успѣхи римской системы juris gentium надъ партикуляризмами того времени. Здѣсь также постоянно и въ *связи съ обособленіемъ права частнаго отъ публичнаго идетъ процессъ количественнаго поглощенія нормъ партикулярныхъ нормами общими* [1]).

Къ этому надлежитъ прибавить, что экономическій оборотъ и юридическая практика создали въ новое время такія формы обмѣна, сочетанія соціальныхъ силъ, какихъ вовсе не знало право римское, и которыя до крайности трудно подчинить дѣйствію территоріальной максимы.

Послѣдняя четверть истекшаго столѣтія представляетъ, однако, нѣкоторыя явленія, которыя составляютъ какъ будто поворотъ назадъ въ этомъ характерномъ для европейской исторіи процессѣ все расширявшагося правообщенія въ области гражданскихъ институтовъ. Реакція выходитъ изъ той страны, которой до сего была столь много обязана своимъ процвѣтаніемъ господствую-

---

[1]) Обозрѣніе успѣховъ международнаго общенія см. Tableau général de l'organisation des travaux etc. de l'Institut de droit international 1893. Ernest Lehr.; на французск. литер. указанія у Мартенса (4-е изд.).

щая въ практикѣ доктрина о столкновеніи статутовъ, именно изъ Германіи.

Традиція ученій Савиньи не изсякла. Напротивъ, въ рядахъ теперешнихъ представителей *исторической* школы именно въ этомъ ученіи о столкновеніи статутовъ завѣты Савиньи стали еще возвышеннѣе и планы развитія правообщенія еще шире. Если Савиньи указалъ намъ *методу*, помощью которой мы связываемъ любое гражданское правоотношеніе съ той или другой территоріей, сообразуясь исключительно съ особенностями его цивильной природы, [1]) то Оттонъ Гирке поставилъ въ основу ученія *принципъ* безусловно торжествующій надъ территоріальною розньо. Этотъ принципъ весь выраженъ въ словахъ: *право, хотя и чужое для насъ, есть все же право.* Внутреннюю основу, по которой государство имѣетъ примѣнять на своей территоріи чужія нормы, слѣдуетъ видѣть *не въ разсчетѣ на взаимность* (comitas gentium), а *въ собственномъ призваніи каждаго государства служить праву* [2]).

Но эти преданія исторической школы, какъ и всѣ основы ея ученія, отличаютъ нынѣ опять лишь одну группу писателей отъ другой, которой девизы совершенно иные.

Идея Гирке составляетъ частность того общаго разумѣнія права, которое выражено было главою исторической школы въ его confession de foi при первомъ его столкновеніи съ противниками, писателями неисторической школы, оппортунистами того времени.

Если *право гражданское въ большей части своего содержанія развивается народомъ и юристами, если господствующій источникъ его не есть легальный* [3]), тогда натурально развитіе права не можетъ быть заключено въ границы одной территоріи. По природѣ своей оно должно выходить за ея предѣлы, широко раскрывать горизонты *общенія народовъ* [4]).

---

[1]) Натурально, если территоріальный законъ не воспрещаетъ прямо, въ видѣ изъятія, примѣненія извѣстной чужой нормы, или когда рѣчь идетъ объ институтѣ, который разсматривается какъ противный нашимъ нравственнымъ воззрѣніямъ (многоженство; хотя признаніе законности рожденія въ полигамическомъ бракѣ должно быть допущено и тамъ, гдѣ сама полигамія отвергнута), или отмѣненный на нашей территоріи (рабство, крѣпостное право), Савиньи. Система VIII, стр. 32.

[2]) Deutsches Pr. recht, т. 1, стр. 212 (§ 25). Ср. Савиньи, т. VIII, Введеніе, стр. V, 1-й абзацъ.

[3]) См. выше, стр. 21.

[4]) Въ указанномъ выше мѣстѣ Введеніе къ VIII т. Системы читаемъ: wenn ein abschliessendes Hervorheben der Nationalität zu den herrschenden Richtungen neuester Zeit gehört, so kann sich gerade diese Richtung in einer Lehre nicht geltend machen, die *ihrer Natur nach* darauf ausgehen muss, die nationalen Gegensätze in einer anerkannter *Gemeinschaft der verschiedenen Nationen* auflösen.

Но если на мѣсто этой основы ученія о правѣ, въ той же странѣ, при измѣнившихся внѣшнихъ условіяхъ ея международнаго положенія, раздается *новое слово* въ этой области, если въ замѣнъ источника права въ національномъ сознаніи новые учители указываютъ его въ хорошо сдѣланномъ разсчетѣ предусмотрительныхъ, если право есть *политика силы, монополія принужденія, цѣлевой аппаратъ, которымъ располагаетъ одно государство,* потому что *ему одному принадлежитъ власть наказывать* [1]), тогда какія же съ этой точки зрѣнія возможно открыть перспективы для *внѣ территоріальнаго правообщенія народовъ?* Эти перспективы, въ иномъ направленіи, то-же, конечно, совершенно послѣдовательно выдержаны и у этихъ учителей *неисторической школы права.* Ihering, по крайней мѣрѣ, ни на минуту не останавливается ни передъ какими затрудненіями и смѣло переходитъ Рубиконъ, указывая цѣль дальнѣйшаго международнаго общенія *въ поглощеніи государствъ* octav-волюма государствами in folio. Вотъ это и есть *новое слово* науки права въ Германіи. Оно, конечно, сказано не для того, чтобы утвердить на незыблемой и свободной отъ политическихъ соображеній основѣ цивильное правообщеніе народовъ въ духѣ Оттона Гирке.

Теперешніе учители права различаютъ, въ виду этой розни руководящихъ идей, два направленія въ ученіи о столкновеніи статутовъ. Одно называютъ космополитическимъ, другое *специфически*—національнымъ [2]).

Это различіе *ученій* не представляло бы серьезнаго интереса, если бы для практическихъ цѣлей въ этой области существовала иная, кромѣ научной, достаточно широкая *формальная основа*

---

[1]) См. выше, стр. 25.

[2]) Дернбургъ. Das bürgerl. Recht des Deutsch Reichs u. Preussens I B., стр. 91. Названія обоихъ направленій вылились какъ нельзя болѣе удачно у этого неутомимаго и неизмѣнно-свѣтлаго юриста-мыслителя. Несомнѣнно, идеи Савиньи-Гирке въ этой области правильно назвать космополитическими, *и по ихъ историческому происхожденію,* ибо разработкѣ ихъ послѣдовательно содѣйствовали всѣ культурныя націи, искавшія выхода изъ оковъ партикуляризма, и *по современному девизу* учителей этого лагеря (формула Гирке), не допускающаго вовсе такого предѣла, за которымъ начинается *территорія безправія,* или, положительно выражаясь, гдѣ возникаетъ въ культурной исторіи народовъ *право поглощенія* государствомъ большого волюма меньшихъ государственныхъ территорій.—Совершенно также удачна характеристика однимъ признакомъ „*специфически* національнаго“ и другого направленія ученій, ибо школа національная безъ этого оттѣнка *специфичности* не только не отвергаетъ правообщеніе равныхъ народностей (Гирке, Савиньи въ указанномъ мѣстѣ Введенія въ т. VIII системы), но ставитъ его во главу всей конструкціи, и именно только *специфически* національное направленіе требуетъ непремѣнно Ausstossung'a всего чужого, чтобъ раскрыть весь просторъ своему (баварскій ботаникъ у Савиньи, см. выше стр. 40).

для разрѣшенія трудныхъ задачъ столкновенія статутовъ. Къ сожалѣнію, ни практика судовъ, ни обычное правосознаніе, ни отдѣльные трактаты, ни, наконецъ, разработка вопросовъ въ составѣ дѣйствующихъ территоріальныхъ гражданскихъ кодексовъ и уложеній не представляетъ собою достаточной законченности, чтобы можно было равнодушно смотрѣть на то или другое направленіе литературной разработки этого вопроса.

Мы не остановимся здѣсь на деталяхъ ученія; но одна изъ сторонъ дѣла даетъ очень характерное для современнаго общаго положенія вопроса освѣщеніе.

Въ условіяхъ цивильнаго правообщенія, еще не вполнѣ опредѣлившагося съ формальной стороны, очень, натурально, цѣнно, чтобы *отдѣльныя государства культурнаго міра*, насколько это въ ихъ силахъ, *содѣйствовали* практическому осуществленію самобытности гражданскаго права и торжеству принципа *„право, хотя чужое для насъ* (въ формальномъ смыслѣ), *все же есть право“*. Это достигается весьма успѣшно, между прочимъ, выработкой возможно законченной системы нормъ, разрѣшающихъ вопросы столкновенія статутовъ разныхъ территорій, которымъ территоріальное законодательство присвоило бы *формально-обязательный авторитетъ для судебныхъ инстанцій своей территоріи.*

Именно этимъ путемъ цивильное правообщеніе понемногу, шагъ за шагомъ, по мѣрѣ распространенія подобной практики на другія территоріи, система нормъ, регулирующихъ случаи столкновенія статутовъ, пріобрѣтаетъ если не характеръ *общаго права*, который трудно достигается въ условіяхъ суверенитета всѣхъ членовъ правообщенія, то, по крайней мѣрѣ, *свойство фактической всеобщности*, универсальности для всѣхъ культурныхъ народовъ.

Ни одно изъ государствъ не подходило къ осуществленію этой высокой цѣли такъ близко, какъ Германія въ эпоху торжества ея оружія (временнаго, конечно, хотя и очень шумнаго) и разработки проекта ея гражданскаго имперскаго Уложенія.

Дѣйствительно, въ проектѣ гражданскаго Уложенія 1888 г. (1-е чтеніе), въ 6-ой его книгѣ, коммиссія детально разработала вопросъ о столкновеніи статутовъ [1]). Судьба этого проекта въ высокой степени поучительна. Такъ какъ проектъ касался совершенно близкой международному праву области, то онъ не могъ

[1]) Это Гебгардовскій проектъ (по имени автора, входившаго въ составъ коммиссіи, извѣстнаго юриста Gebhard'a).

обойти вѣдомства Имперскаго Канцлера. Проектъ не выдержалъ этой цензуры, былъ весь перечеркнутъ синимъ карандашемъ, и затѣмъ, въ составѣ проекта (1-ое чтеніе) книга шестая вовсе не появилась въ печати. Новая попытка провести тотъ же проектъ, послѣ отставки кн. Бисмарка, встрѣтила сопротивленіе въ союзномъ совѣтѣ, и вмѣсто развитой системы нормъ, разработавшей вопросъ о столкновеніи статутовъ разныхъ территорій, подъ общимъ заглавіемъ Anwendung ausländischer Gesetze, въ послѣднемъ чтеніи проекта, перешедшемъ затѣмъ въ дѣйствующее нынѣ Имперское гражданское Уложеніе, появился рядъ отрывочныхъ положеній, съ массой пробѣловъ въ самыхъ существенныхъ вопросахъ, въ составѣ такъ называемаго *закона о введеніи Уложенія въ дѣйствіе* (Einführungsgesetz, artt. 7—31). Изъ появляющихся лишь нынѣ публикацій возможно придти къ заключенію и о мотивахъ устраненія изъ состава дѣйствующаго гражданскаго Уложенія хорошо разработанной системы положеній о примѣненіи иностранныхъ законовъ [1]).

По весьма основательнымъ соображеніямъ Нимейера, къ которому присоединяется Barazetti, Дернбургъ и многіе другіе, мотивъ этого рѣшенія заключался въ томъ, что детально разработанныя въ составѣ кодекса нормы частнаго международнаго права *связываютъ руки дипломатіи* и лишаютъ ее, слѣдовательно, одного изъ могучихъ орудій воздѣйствія на иностранную державу *въ своихъ интересахъ* [2]). Дернбургъ нѣсколько подробнѣе формулируетъ эти соображенія такъ. Опасность для нѣмецкой дипломатіи подобныхъ обязательныхъ для суда нормъ могла бы заключаться въ томъ, что нѣмецкіе суды, со свойственной-де нѣмцамъ добросовѣстностью, стали бы примѣнять эти нормы, не находя взаимности, или подвергаясь даже опасности встрѣтить постоянные обходы на практикѣ съ противной стороны.

Итакъ, изъ опасенія *недобросовѣстности* со стороны противника *въ возможномъ будущемъ*, нѣмецкіе дипломаты нашли для себя удобнымъ уже въ настоящей дѣйствительности не стѣснять себя не только практикой, но ниже *программой* будущихъ дѣй-

---

[1]) Въ настоящее время публика изъ сочиненій Niemeyer'a (цѣлый рядъ трактатовъ, указаны въ System Crome, стр. 138, прим.) узнаетъ и содержаніе проекта 6-й кн. и мотивы его устраненія (см. особ. Vorschläge u. Materialien 95 г. и его же новое указан. Дернбургомъ сочин. Das internation. Priv. Recht, 1901 г.). Ср. то же Barazetti D. intern. Pr. Recht 1897 г., который во множествѣ случаевъ сходится вполнѣ съ Нимейеромъ.

[2]) Съ понятіемъ права, подобный мотивъ имѣетъ такую же связь, какъ и операціи, напр., турецкихъ бандитовъ, захватившихъ госпожу Стонъ съ непоколебимымъ рѣшеніемъ дать ей свободу тотчасъ, какъ только за нее будетъ внесенъ весь предположенный выкупъ.

ствій сколько-нибудь *соотвѣтствующей правиламъ добросовѣстности.*

Вотъ это и есть то *специфически* національное направленіе, которое восторжествовало нынѣ въ практикѣ частнаго международнаго права одного изъ передовыхъ въ разработкѣ этого ученія современныхъ культурныхъ государствъ.

Пока руководящій мотивъ сдержанности законодателя оставался отъ истолкователей новаго гражданскаго уложенія скрытымъ, они могли, натурально, искать *восполненія скудости легальныхъ нормъ* изъ богато развитаго въ Германіи научнаго рессурса.

Когда мотивъ сталъ ясенъ, то эта метода восполненія пробѣловъ начала возбуждать сомнѣнія у этихъ истолкователей. Къ чему приведетъ такая работа въ результатѣ? Не идетъ ли она наперекоръ видамъ правительства? Не вредитъ ли это *интересамъ націи*? И эти сомнѣнія остаются далеко не безъ послѣдствій не только для дальнѣйшаго развитія ученія, но и для поддержанія его на той высотѣ, на которую поставила это ученіе историческая школа правовѣдѣнія.

Надолго ли станетъ въ *неисторическомъ* лагерѣ юристовъ усердія для поддержанія совершенно фальшивыхъ основъ ихъ доктрины и скоро ли поклоненіе силѣ на счетъ права уступитъ и въ *специфически*-національномъ лагерѣ мѣсто болѣе свѣтлымъ воззрѣніямъ, это и на сей разъ, какъ случалось и прежде, покажетъ не заставляющее себя долго ждать будущее [1]).

Во всякомъ случаѣ, такія временныя отклоненія ничего не измѣняютъ *въ постоянномъ историческомъ процессѣ* обособленія права частнаго и его отдѣльныхъ институтовъ отъ подчиненія нецивильнымъ мотивамъ и въ непрестанномъ расширеніи предѣловъ дѣйствія самобытной системы гражданскаго всеобщаго права.

Главныя основанія теперь дѣйствующихъ нормъ для случаевъ столкновенія статутовъ (Collisions normen) суть слѣдующія:

1) *Statuta personalia* считаются рѣшающими въ вопросахъ личной правоспособности и семейнаго положенія субъекта права. Старая практика опредѣляла эти статуты *по мѣсту жительства*

---

[1]) Мы увидимъ въ послѣдующемъ, что такіе взгляды на право свойственны въ особенности прусскимъ руководящимъ государственнымъ людямъ, и уже не разъ они испытывали, послѣ непродолжительнаго успѣха, горькое разочарованье въ подобныхъ доктринахъ. Самое ученіе Савиньи о правѣ практически опредѣлилось подъ вліяніемъ такого рода кризиса. Въ настоящую минуту старая *програма поглощенія* государствъ малаго волюма волюмомъ in folio не выполнена еще окончательно (да въ программѣ безправія едва ли конецъ возможенъ), и на ближайшей очереди испытать на себѣ примѣненіе *теоріи поглощенія* стоитъ нынѣ, несомнѣнно, *австрійская марка.*

лица (нѣмецкій принципъ, признанный и въ 3 ч. мѣстныхъ остзейскихъ законовъ), новая (французская система) замѣнили мѣсто жительства *подданствомъ*. Новый нѣмецкій кодексъ не внесъ ясности и простоты въ сложныя иногда проблемы этого ученія [1]).

Для брачнаго права слѣдуетъ различать сторону личную и имущественную правоотношенія, вопросъ о возникновеніи брака, правоспособности лицъ, формѣ совершенія и прекращенія брака, особенно разводомъ. Сложное строеніе института, особенно гдѣ онъ не утратилъ исповѣднаго характера, требуетъ детальной разработки ученія [2]). Статутъ личный, особенно мужа, можетъ осложниться здѣсь не только личнымъ статутомъ жены (ея правоспособностью), статутомъ мѣста нахожденія имущества, территоріей вступленія въ бракъ, но еще и самымъ строеніемъ правоотношеній супружескихъ, въ коихъ болѣе или менѣе выдержанъ властный характеръ положенія мужа въ семьѣ.

Отношенія родителей и дѣтей регулируются неодинаково, въ зависимости отъ вопроса рожденія въ бракѣ или внѣбрачномъ. Въ 1-омъ случаѣ рѣшаютъ личные статуты отца, во 2-омъ матери [3]).

Въ вопросахъ *права наслѣдованія* основу даютъ тѣ же статуты личные наслѣдодателя, натурально, съ трудностями въ деталяхъ, по различію основаній призыва, способовъ совершенія сдѣлки и свойства правоотношеній и имуществъ, подлежащихъ наслѣдованію [4]).

2) *Statuta realia*, издстари и понынѣ, регулируютъ правоотношенія по недвижимостямъ, вопросы о возникновеніи, объемѣ такихъ правоотношеній, о правѣ участія общаго и частнаго, водномъ правѣ, правѣ охоты и проч. Самый обрядъ совершенія сдѣлокъ въ вопросахъ этого рода носитъ по необходимости колоритъ локальный по мѣсту нахожденія имущества.

Для движимостей встарину рѣшающей въ случаяхъ коллизіи статутовъ была норма мѣста пребыванія собственника по принципу mobilia ossibus inhaerent. Современная теорія и практика принимаетъ и здѣсь за критерій мѣсто нахожденія имущества; развѣ бы самое имущество по своему назначенію подлежало пе-

---

[1]) Dernburg (§ 36), Barazetti, указ. соч., преимущественно по Нимайеру, Crome по Zitelman'у.

[2]) Трудныя проблемы этого ученія разработалъ А. Н. Мандельштамъ. Гаагскія конференціи, т. II, кодификація брачнаго международнаго права. 1900 г. (539 стр.). Коротко у Мартенса Соврем. междун. право, §§ 71—75 (см. особенно стр. 320, изд. 3-е).

[3]) Тамъ же, стр. 330.

[4]) Тамъ же, стр. 335, особ. стр. 338 и слѣд. для отечественнаго права.

редвиженію, и въ этомъ случаѣ рѣшающимъ будетъ именно мѣстопребываніе его владѣльца.

3) Въ вопросахъ о руководящей нормѣ *для актовъ волеизъявленія* нынѣ удерживается старый принципъ locus regit actum.

Но это только общій принципъ, подлежащій въ отдѣльныхъ случаяхъ видоизмѣненіямъ соотвѣтственно свойствамъ правоотношеній, которыя опредѣляются данной сдѣлкой (dinglicher Vertrag, особенно для недвижимостей, см. выше подъ 2).

4) *Для обязательственныхъ правоотношеній* въ особенности слѣдуетъ различать обѣ главныя основы возникновенія таковыхъ, договоръ и правонарушеніе.

Для договорной основы старая доктрина держалась нормъ мѣста совершенія сдѣлки. Но такъ какъ этотъ моментъ въ сдѣлкѣ часто носитъ характеръ случайный и все существо обязательства тѣснѣе связано съ мѣстомъ его выполненія, то за рѣшающій въ случаѣ коллизіи статутовъ практика охотно принимаетъ именно *мѣсто выполненія* обязательства.

Нигдѣ не представляется столько удобствъ, какъ здѣсь, принять за рѣшающій критерій *соглашеніе сторонъ*, если таковое есть налицо, а если его нѣтъ, то мѣсто выполненія принятаго по договору обязательства. Въ этихъ условіяхъ *личный статутъ должника* будетъ всего чаще рѣшающимъ въ случаяхъ коллизіи нормъ.

Другое дѣло для обязательствъ возникающихъ изъ деликта, гдѣ господствующее и почти безспорное мнѣніе принимаетъ рѣшающимъ статутъ мѣста совершенія (lex delicti commissi).

Со статутами *мѣстными* связанъ и вопросъ о давностномъ владѣніи, какъ способѣ пріобрѣтенія правъ по имуществу.

§ 7.

Рецепція римскаго права на Западѣ. — Универсальный характеръ явленія. — Итальянскіе университеты. — Общеніе націй. — Отношеніе итальянскихъ учителей къ римскому праву. — *Общія причины* рецепціи. — Вѣрованія. — Проповѣдь. — Вопросъ о *формальной* основѣ рецепціи.

Мы имѣемъ полное основаніе утверждать, что весь составъ понятія частнаго права, точно такъ же какъ понятія права общаго, въ законодательствахъ и юриспруденціи западныхъ государствъ выработался подъ самымъ сильнымъ вліяніемъ римскаго права. Это римское вліяніе, очень различное въ разныхъ стра-

нахъ и въ разныя эпохи, отнюдь не прекратилось и нынѣ. Во всѣхъ областяхъ юриспруденціи [1]), хотя не въ одинаковой мѣрѣ, вліяніе это оставило болѣе или менѣе глубокіе слѣды. Вопросъ о рецепціи римскаго права есть, поэтому, одинъ изъ капитальнѣйшихъ для всей исторіи культуры права въ современной Европѣ. Мы не имѣемъ здѣсь въ виду сколько-нибудь исчертать его. Указанія на его значеніе и путь къ изученію этого явленія вы узнали частью уже изъ историческихъ чтеній по римскому праву. Намъ, однако, трудно обойти здѣсь совершенно это, опредѣляющее нынѣшнее состояніе гражданскаго права, въ особенности, явленіе, и мы, по возможности сжато, остановимся на немъ въ тѣхъ пунктахъ, которые важны для правильнаго пониманія задачъ современной юриспруденціи и сравнительнаго изученія права русскаго.

Средствъ для изученія процесса рецепціи вы найдете въ настоящее время цѣлую массу въ любой западной литературѣ, въ особенности въ нѣмецкой. Книгъ, однако, которыми удобно пользоваться для перваго знакомства съ обширнымъ предметомъ, очень немного. Лучшее, что можно назвать въ этомъ смыслѣ, въ послѣднее время принадлежитъ перу голландскаго юриста Moddermann'a. Работа Моддермана, очень небольшая и крайне серьезно выполненная, заслужила самый лестный пріемъ у нѣмцевъ, хотя сама она почти вся основана на нѣмецкихъ изслѣдованіяхъ. Schulz перевелъ ее въ 1875 г. на нѣмецкій языкъ, теперь есть и русскій переводъ, выполненный г-мъ приватъ-доцентомъ А. И. Каминкой. Для той же цѣли—общаго ознакомленія съ вопросомъ—писалъ проф. Муромцевъ въ „Юридическомъ Вѣстникѣ“ за 1885 г., а потомъ напечаталъ брошюру: „Рецепція римскаго права на Западѣ“, Москва, 1886 г. Книги Моддермана, мы думаемъ, брошюра г. Муромцева не замѣ-

[1]) Есть писатели, которые опредѣляютъ гораздо шире предѣлы этого вліянія. Такъ, Мэнъ (Maine, Ancent law, русск. перев. Бѣлозерской съ англ. 4 изд., 1874 г.) говоритъ: „Нельзя не удивляться тому количеству и разнообразію наукъ, которыя заимствовали отъ римскаго права, особенно отъ римскаго обязательнаго права, способъ мышленія, методъ изслѣдованія и технической языкъ. Изъ наукъ занимавшихъ умы новыхъ людей, едва-ли найдется одна, кромѣ физики, на которой не отразилось бы вліяніе римской юриспруденціи. Правда, науки чисто метафизическія — скорѣе греческаго, чѣмъ римскаго происхожденія; но политика, нравственная философія и даже теологія не только заимствовали отъ римскаго права способъ выраженія, но и нашли въ немъ источникъ, благодаря которому ихъ наиболѣе глубокія изслѣдованія могли получить окончательное развитіе (226 стр. по перев.). Въ другомъ мѣстѣ Мэнъ находитъ однимъ изъ знаменательнѣйшихъ явленій въ исторіи мысли тотъ фактъ, что ни одинъ народъ, говорившій по-гречески, не задавался серьезно разрѣшеніемъ вопроса о свободѣ воли, предопредѣленіи, и не обнаруживалъ склонности къ созданію цѣльныхъ ученій о правѣ. Наука юридическая есть дѣло римской мысли.

няетъ; не менѣе того, она очень полезна для обозрѣнія позднѣйшихъ (послѣ 1875 г.) явленій нѣмецкой литературы по исторіи рецепціи.

Чтобы нѣсколько оріентироваться въ обширной литературѣ предмета, надо имѣть въ виду, что вліяніе римскаго права не ограничивалось на западѣ однимъ правомъ частнымъ. Поэтому изученіе этого вопроса вы найдете не у однихъ цивилистовъ, а въ болѣе или менѣе обширномъ размѣрѣ у публицистовъ, процессуалистовъ, канонистовъ, криминалистовъ... Далѣе, по тѣсной связи успѣховъ римскаго вліянія на всѣ отрасли юриспруденціи съ преподаваніемъ права въ университетахъ, исторія университетовъ на Западѣ освѣщаетъ процессъ рецепціи самымъ яркимъ свѣтомъ. Это можно сказать обо всѣхъ современныхъ западныхъ государствахъ вообще, но то же явленіе характерно и для исторіи права въ каждомъ изъ нихъ въ особенности. Что касается системы цивильнаго права, то вліяніе римскаго права видно здѣсь не только въ цѣломъ, но и въ отдѣльныхъ институтахъ и понятіяхъ: въ понятіи лица, вещи, въ институтѣ владѣнія, собственности, обязательствъ, семейнаго, наслѣдственнаго правъ, во многихъ ученіяхъ гражданскаго процесса и проч.

Имѣя въ виду эту всесторонность, обширность римскаго вліянія на право новой Европы, мы натурально легко затеряемся въ обиліи трудовъ, способныхъ разъяснить ту или другую сторону вопроса. Разъясненіе его въ цѣломъ и не составляетъ здѣсь нашей задачи. Капитальный и наиболѣе общаго характера трудъ по этому предмету составляетъ сочиненіе Савиньи „Geschichte d. römisch. Rechts im Mittelalter“, 2 изд. (1834—51). Мюнхенскій пандектистъ Алоизъ Бринцъ справедливо думаетъ, что на этомъ сочиненіи въ особенности основана *слава Савиньи какъ ученаго*. Собственно только два первые тома содержатъ въ себѣ исторію римскаго права отъ Ромула-Августула до Ирнерія; послѣдующіе—посвящены исторіи разработки его въ возникшихъ на западѣ университетахъ въ эпоху глоссаторовъ и post-глоссаторовъ. Въ первыхъ двухъ томахъ вы убѣждаетесь наглядным образомъ въ той мысли, какую поддерживаетъ Савиньи въ своемъ ученіи о правѣ. Римское государство пало, а между тѣмъ право продолжало жить, примѣняться, разрабатываться на западѣ, въ земляхъ, занятыхъ варварами, какъ это мы видѣли выше, среди римскаго населенія и въ особенности въ церковномъ обществѣ. Дальнѣйшіе успѣхи разработки римскаго права въ Италіи, начиная съ XII в., не составляютъ вовсе скачка въ исторіи. Ирнерій и глоссаторы не случайно взя-

лись за изученіе его подлинныхъ источниковъ въ юстиніановской кодификаціи.

Весь вопросъ объ успѣхахъ литературной обработки римскихъ источниковъ, выработкѣ общаго чтенія ихъ, способахъ изученія, послѣдовательныхъ измѣненіяхъ въ нихъ—составляетъ теперь обыкновенно предметъ особой дисциплины, и мы не коснемся его, предполагая общія данныя извѣстными [1]).

Но зато, для изученія любой современной системы права, крайне важно знать, чѣмъ условливалось поразительное съ перваго взгляда явленіе заимствованія чужого права, какими данными его состава, какимъ состояніемъ права на той почвѣ, куда насаждалось это инородное растеніе? какой плодъ принесло бы или способно принести такое насажденіе на нашей почвѣ?

Вопросы столь же важны, сколько трудны для разрѣшенія. Очеркъ рецепціи въ этомъ смыслѣ, насколько его возможно сдѣлать коротко, въ виду успѣховъ современной его разработки, несомнѣнно дастъ намъ очень полезныя для правильнаго разумѣнія явленій русскаго права аналогіи.

Задача изученія носитъ характеръ универсальный. Римское право реципировалось и на западѣ и на востокѣ. Предѣлы рецепціи далеко не уяснены окончательно. Но они были крайне обширны. Труды по разработкѣ рецепціи на востокѣ освѣщаются въ послѣднее время неожиданными открытіями довольно загадочныхъ сирійскихъ текстовъ, которые составляютъ своеобразную переработку римскаго права на востокѣ [2]). Изученіе процесса распространенія римскаго права въ земляхъ славянскихъ, черезъ посредство византійскихъ юристовъ, дѣлаетъ замѣтные успѣхи, благодаря трудамъ новыхъ византологовъ. Но не здѣсь и не отсюда мы можемъ заимствовать поучительныя данныя для поставленныхъ нами цѣлей.

---

[1]) Въ указанномъ сочиненіи г. Муромцева есть много свѣдѣній, полезныхъ для юриста; но, къ сожалѣнію, встрѣчаются нѣкоторыя неточности въ образѣ выраженія. На стр. 41 мы читаемъ: „Исторія рецепціи въ этой странѣ (Франціи) начинается со временемъ завоеванія древней Галліи Юліемъ Цезаремъ". Почему авторъ называетъ это явленіе *рецепціей?* Конечно, не одно и то же,— ни въ смыслѣ предмета, ни въ смыслѣ способа освоенія, — романизированіе Галліи и рецепція римскаго *права* на Западѣ: зачѣмъ же разныя вещи называть однимъ именемъ и искать для *рецепціи*, въ этомъ совершенно неопредѣленномъ смыслѣ, общаго объясненія въ *идейномъ предрасположеніи* (стр. 90) и проч.? Новѣйшія работы по исторіи рецепціи см. Regelsberger Pandekten. 96 г. § 1. примѣчаніе и Dernburg Pandekten, 5 изд. § 3, прим. 2. У насъ въ 1898 г. появилось сочин. проф. Суворова, Средневѣковые Университеты, очень живо иллюстрирующее бытовую сторону и особое значеніе этихъ учрежденій въ тѣхъ условіяхъ культуры.

[2]) Das römisch-syrische Rechtsbuch a. d. 5 Jahrhund., herausgeg., uebers. u. erläut. v. Bruns u. Sachau. 1880.

Изученіе процесса рецепціи и его результатовъ для современнаго гражданскаго права плодотворнѣе пока на судьбѣ ея въ западныхъ государствахъ. При этомъ по ограниченности времени, мы сосредоточимъ наше вниманіе лишь на нѣкоторыхъ главнѣйшихъ чертахъ рецепціи римскаго права на западѣ вообще и во Франціи и въ Германіи въ особенности.

Извѣстно, что изученіе текстовъ юстиніановскаго права приняло на западѣ, сначала въ Италіи, именно въ Болоньи, въ XII вѣкѣ, характеръ универсальнаго явленія. Изученіе состояло въ чтеніи латинскаго текста съ краткими пояснительными грамматическими и юридическими замѣтками. Рядомъ съ цитрамонтанами слушатели-ультрамонтаны составляли въ Болоньи 18 націй. Сюда сходились французы, англичане, нѣмцы, поляки, венгерцы, чехи, испанцы, португальцы, фризы и т. д. Въ связи съ развитіемъ городской жизни и нравовъ, успѣхи новой школы юристовъ распространились по всей Италіи, и мы видимъ въ XIII и XIV вв. университеты, гдѣ учатъ праву, въ Падуѣ, Пизѣ (б. м. XII в.), Виченцѣ, Верчелли, Арецо, Феррарѣ, Римѣ, Неаполѣ, Перуджіи, Павіи, Туринѣ.

Явно, что раньше всего потребность усвоенія системы права не мѣстнаго, статутарнаго, особеннаго, а общаго, почувствовалась на Западѣ тамъ, гдѣ до того сама *традиція* римскихъ ученій была наиболѣе сильной. Въ работахъ по исторіи рецепціи въ романскихъ земляхъ [1]) вы найдете любопытныя указанія на рано привившіяся чрезъ посредство глоссаторовъ въ практикѣ судовъ начала реципированнаго юстиніановскаго права. Какое множество условій жизни того времени содѣйствовало успѣху рецепціи, объ этомъ трудно дать понятіе въ краткихъ чертахъ. Глоссаторы далеко не были исключительно учителями. Начиная съ Ирнерія, „lucerna juris“, занимавшаго высокое положеніе въ судебной магистратурѣ, виднѣйшіе истолкователи юстиніановскихъ текстовъ играли рѣшающую роль не въ однѣхъ только контроверзахъ по частному праву, а въ равной мѣрѣ и въ политическихъ вопросахъ, волновавшихъ тогдашнее общество, въ столкновеніяхъ духовной и свѣтской власти въ особенности. Вліяніе школы и воззрѣній юристовъ въ ту пору на дѣла практическаго свойства едва-ли можетъ быть сопоставлено съ какимъ-либо явленіемъ нашего времени, кромѣ развѣ вліянія прессы на общественное мнѣніе въ наши дни. Толпы юристовъ, собиравшихся въ итальянскихъ университетахъ, разносили по всей Европѣ вос-

[1]) Общія указанія см. въ указан. выше книгѣ Moddermann-Shulz'a.

принятыя ими воззрѣнія учителей, не всегда согласныя съ господствовавшими до того взглядами [1]). *Общеніе* происходило поразительно быстро, въ особенности въ виду обычая не только студентовъ, но и профессоровъ перекочевывать изъ одного университета въ другой (peregrinatio academica). Работа кабинетная, за книгой, не могла дать въ ту пору такого богатства познаній, какъ переѣзды изъ одного академическаго центра въ другой. Есть писатели, которые думаютъ, das Reisen составляло при этомъ die Hauptsache, a das Studieren mehr Nebensache. Несомнѣнно, что такое кочеваніе могло имѣть своего рода привлекательность для нѣкотораго круга лицъ. Нѣмецкія университетскія лѣтописи отмѣчаютъ намъ курьезный случай имматрикуляціи одного „стараго студента“ въ XVI в. въ двадцати университетахъ. Тѣ или другія побужденія къ странствованіямъ могутъ оставаться загадочными, но самое явленіе и его послѣдствія для европейской культуры права несомнѣнны. Сѣмена римскаго права разсѣявались быстро, при посредствѣ итальянскихъ учителей и студентовъ, на всемъ западѣ [2]). Успѣхи изученія римскаго права въ латинскомъ мірѣ возбуждаютъ рано опасенія въ представителяхъ духовнаго просвѣщенія, и тотъ самый клиръ, въ которомъ долгое время удерживалась традиція римскаго права, спѣшитъ стать на пути его распространенія [3]). Вопросъ о томъ, что могло побуждать духовную власть къ этому противодѣйствію, принадлежитъ къ числу очень спорныхъ. Нѣмецкій писатель Шмитъ полагаетъ, что причина преслѣдованія пандектистовъ экскоммуникаціями со стороны церкви заключалась въ томъ, что право, ими преподаваемое, было языческаго происхожденія, и что представители церкви не хотѣли выражать этого своего взгляда, а прямо принимали мѣры противъ зла. Несомнѣнно, что на эту точку зрѣнія очень трудно стать, ибо сама церковь сохранила традицію этого права, а скромность притязаній, какъ справедливо замѣчаетъ Моддерманъ, не въ характерѣ латинской куріи. Вѣроятнѣе то объясненіе явленія, которое предлагаетъ Савиньи. *Теологіей и правомъ римскимъ, занимались въ ту пору со страстью*, и увлеченіе занятіями

---

[1]) Ср. характерный, хотя и анекдотическій разсказъ о контроверзѣ между д-рами Булгаромъ (Bulgarus) и Мартиномъ по вопросу,—есть ли императоръ *властелинъ* вселенной, utrum be jure esset dominus mundi, стр. 35, Moddermann-Schulz.

[2]) Въ Англіи вліяніе римскихъ ученій замѣчается уже у писателей въ XII вѣкѣ.

[3]) Соборными опредѣленіями для Франціи уже въ XII вѣкѣ духовнымъ возбраняется изученіе римскаго права. Въ началѣ XIII вѣка папа Гонорій III своею буллой запрещаетъ его преподаваніе въ Парижѣ.

правомъ не могло не отразиться невыгодно на занятіяхъ теологіей. Эта же сила аттракціи въ города Италіи цѣлыхъ массъ учащихся повела очень рано къ соперничеству съ итальянскими университетами новоучрежденныхъ университетовъ въ другихъ романскихъ странахъ,—во Франціи, въ Испаніи, въ Португаліи.

Въ какомъ отношеніи стояли итальянскіе учители къ римскому праву? Какъ смотрѣли на жизнь современныхъ обществъ? Чѣмъ условливалось ихъ вліяніе? Какія внутреннія причины рецепціи чужого права?

На первый вопросъ мы отвѣчаемъ только въ самомъ общемъ смыслѣ, предполагая детальныя свѣдѣнія данными въ другихъ частяхъ курса. Характеръ первоначальнаго освоенія и обработки римскихъ текстовъ былъ до такой степени зависимымъ и механическимъ, что онъ способенъ скорѣе поражать обиліемъ труда, чѣмъ качествомъ результатовъ. Это было собственно набожное заучиваніе текстовъ открытыхъ въ ту пору частей юстиніановскаго права, приведеніе ихъ въ такой порядокъ, который наиболѣе соотвѣтствовалъ этой цѣли, объясненіе темныхъ мѣстъ сопоставленіемъ параллельныхъ текстовъ, примиреніе противорѣчій. Весь ученый аппаратъ разсчитанъ былъ главнымъ образомъ на облегченіе запоминанія и пріисканья цитатъ.

Это было механическое освоеніе римскаго права, не допускавшее никакихъ сомнѣній въ истинности и достоинствѣ его положеній. Вѣнца своего это чисто рецептивное отношеніе къ текстамъ достигло въ глоссѣ Аккурзія.

Въ XIV и XV вв. обработка текстовъ получаетъ новый характеръ у догматиковъ, комментаторовъ, практиковъ. Здѣсь преобладаетъ схоластическій пріемъ изученія, съ тѣми искусственными діалектическими пріемами, которые суть общіе для всѣхъ областей знанія въ ту пору. Опредѣленіе понятій, абстрактныя тезы, антитезы, дистинкціи, правила, исключенія, разъясненія, казусы, придуманные учителями этого времени, вытѣсняютъ подлинные тексты источниковъ и даютъ въ результатѣ волюминозные и утомительные трактаты смѣняющихся толкователей, въ которыхъ цѣль по временамъ вся заключается въ томъ, чтобы вытѣснить формально-логическія комбинаціи предшественника новыми измышленіями такого же рода.

Вліяніе нѣкоторыхъ изъ этихъ догматиковъ, особенно Бартола (Bertolus) и Бальда (Baldus), было громадное во всѣхъ странахъ западной Европы. Если глоссаторы установили чтеніе источниковъ и опредѣлили объемъ рецепціи юстиніановскаго права (см. курсы римскаго права), то вліяніе догматиковъ отразилось

въ особенности на отдѣльныхъ юридическихъ ученіяхъ, которыя прилежно разрабатывались въ ихъ духѣ впослѣдствіи. Въ многочисленныхъ монографическихъ работахъ нашего времени по исторіи догмы римскаго права въ средніе вѣка видна постоянная видоизмѣняющая римскія ученія и приноровляющая ихъ къ условіямъ времени дѣятельность догматиковъ и комментаторовъ. Въ значительной части Европы распространились и были рецепированы не столько подлинныя римскія ученія, сколько эта посредствуемая post-глоссаторами итальянская доктрина. Образцы ея мы увидимъ впослѣдствіи въ разныхъ ученіяхъ гражданскаго права, въ особенности въ ученіи о юридическомъ лицѣ, о владѣніи, собственности, договорѣ, тестаментѣ, какъ видѣли выше въ ученіи о столкновеніи статутовъ.

Постараемся разъяснить тайну вліянія этихъ учителей.

Нѣтъ никакого сомнѣнія, что глоссаторы были совершенно чужды историческаго разумѣнія права. Выборъ ими чтеній и предметовъ для толкованія обусловливался простымъ сравненіемъ болѣе высокихъ образцовъ юриспруденціи съ менѣе высокими. Вѣрно также, что всѣ попытки новыхъ построеній въ правѣ не шли въ сравненіе съ высокой технической обработкой римскаго права въ его подлинныхъ источникахъ, особенно институціяхъ и пандектахъ. Тѣ старые тексты римскаго права, которые замѣнялись этими новыми, были неизмѣримо выше ихъ по достоинству.

Общія юридическія воззрѣнія на право становятся ясными у догматиковъ. Какъ смотрятъ они на право римское и на новый міръ? Ихъ соображенія вовсе не сложны. Dominium mundi, которое въ источникахъ ихъ мудрости принадлежало Риму, остается за нимъ же и теперь. Римъ есть caput mundi, а старые цезари — sanctissimi antecessores новыхъ императоровъ. Внѣ права и внѣ римскаго гражданства пребываютъ только греки, татары, евреи, индѣйцы и сарацины. Право во всемъ мірѣ одно. Это право римское. Нельзя по этому поводу не замѣтить, что уже въ этомъ взглядѣ на кругъ лицъ, составляющихъ новыхъ римскихъ гражданъ, ясно выраженъ исповѣдный характеръ рецепціи.

Въ указанномъ воззрѣніи на государственное право есть черта, далеко не соотвѣтствующая дѣйствительному состоянію римскаго и новаго права въ эту пору. Мы видѣли выше, до какой степени былъ юридическій представлялся разбитымъ и какъ мало императорская власть оказывала эфективнаго вліянія на жизнь. Но это воззрѣніе въ высшей степени характерно для

духа времени и образа мыслей учителей. Основу его составляетъ *вѣра людей*, и отсюда истекаетъ практическій смыслъ его для дѣйствительности. Сила вѣры не ограничивается въ эту пору одними вопросами религіи, а проникаетъ всѣ области знанія и отражается на юриспруденціи. Римское право и основы римскаго цезаризма, конечно, далеко не соотвѣтствовали духу тогдашней церкви; но право свѣтское, вѣра въ императорскую власть, составляло отнюдь не меньшую силу въ сознаніи людей того времени, чѣмъ вѣра въ духовную власть папы. Право каноническое, съ одной стороны, и право римское, свѣтское, съ другой, имѣли одну базу въ тогдашнемъ міровоззрѣніи, хотя они не мирились одно съ другимъ, какъ не мирилась власть свѣтская съ властью духовной. Романисты были на сторонѣ свѣтской власти, римскихъ (позднѣйшихъ) ученій о происхожденіи права отъ императора.

Ученіе о правѣ въ школѣ романистовъ *представляло* собою скорѣе *характеръ проповѣди* и пропаганды, чѣмъ изслѣдованія и задачъ познанія. Ни количество стекавшихся отовсюду слушателей, ни отношеніе ихъ къ ученію не могутъ быть объяснены безъ этой основы нравственнаго возбужденія тогдашняго общества. Задача *изслѣдованія* должна бы привязывать слушателей къ подлинникамъ, побудить ихъ изучать внутреннюю сторону ихъ строенія. Но эта задача наступитъ лишь современемъ. И это будетъ эпоха возрожденія знаній. Въ средніе вѣка учители, наоборотъ, уходятъ отъ текста, и ученики внимаютъ лишь проповѣди учителя. Рафаэль Фульговій, post-glossator конца XIV и начала XV в., профессоръ въ Павіи, говоритъ намъ: Sicut antiqui adorabant idola pro diis, ita advocati adorant glossatores pro evangelistis... Volo pro me potius, продолжаетъ онъ, glossatorem quam textum. Nam si allego textum, dicunt advocati adversariae partis *et etiam judex*: credis tu, quod glossa non ita viderit textum sicut tu, et non ita bene intellexit sicut tu. Это вѣра—безпрекословная и безъ всякой критики слову учителя и надежда, что этимъ путемъ только право способно стать единымъ и общимъ для всего міра вѣрныхъ... Одинъ изъ позднѣйшихъ глоссаторовъ прямо выражаетъ эту реальную цѣль стремленій—unius urbis imperio totum orbem subici, unius urbis legibus totum orbem informari.

Въ вѣрности этимъ ученіямъ проповѣдники римскаго права видятъ *своего рода путь къ спасенію*, также какъ въ отклоненіи отъ него—гибель. Немного позже, когда Германія переживала тотъ же лихорадочный процессъ рецепціи, вотъ какъ угро-

жалъ романистъ-учитель непослушнымъ этому слову истины: если не послушаете этого слова, въ вамъ опять вернется та животная дикость (vihisch wildheit), въ коей вы жили прежде, когда всякій сильный угнеталъ слабаго и одинокіе люди питались желудями въ лѣсахъ (die Menschen ainsam in den Wälden mit Aichel speysten).

Юристы нерѣдко задаютъ себѣ вопросъ, на чемъ *формально* держался и держится до сихъ поръ авторитетъ римской догмы въ областяхъ, гдѣ она обязательно примѣняется въ судахъ? Иначе выраженный этотъ вопросъ будетъ такой: кто приказалъ примѣнять латинскіе тексты въ новомъ мірѣ? Отвѣтъ юристовъ очень различный. По мнѣнію однихъ, римское право реципировано силой обычая. Затрудненіе признать эту формальную основу заключается въ томъ, что обычай тутъ развивается совсѣмъ не изъ тѣхъ силъ, какія нормально содѣйствуютъ его образованію. Римскія ученія приходятъ извнѣ, путемъ книжнымъ, путемъ изученія, школьнаго освоенія, не имѣющаго ничего специфически-юридическаго, Другіе объясняютъ формальный авторитетъ римскаго права, прямо со словъ Булгара, длящейся на западѣ, въ лицѣ императоровъ, властью римскихъ цезарей. Формализмъ мышленія юристовъ не можетъ идти дальше этихъ предѣловъ несообразности [1]). Начать съ того, что нѣтъ ничего ненадежнѣе объясненія явленій историческихъ сужденіями тѣхъ людей, которые сами находятся въ сферѣ ихъ дѣйствія. Отношеніе причины и слѣдствія всегда виднѣе наблюдающему такое явленіе со стороны, чѣмъ въ средѣ его развитія. Бартолъ и его современники могли раздѣлять это воззрѣніе на длящійся законодательный авторитетъ римскаго императора въ XIV и XV в. новой эры. Эта вѣра составляетъ существенный для исторіи рецепціи факторъ. Но развѣ рецепція ограничивалась государствами, гдѣ этотъ авторитетъ имѣлъ силу? развѣ она происходитъ только до того времени, пока длится этотъ авторитетъ? Мы увидимъ сейчасъ, что рецепція происходила внѣ этихъ предѣловъ мѣста и времени. Глоссаторы и Bartolus во главѣ ихъ искали и находили только формальное основаніе для рецепціи. Искать намъ въ ихъ книгахъ отвѣта на вопросы историческаго свойства—значитъ требовать отъ нихъ то, чего они вовсе не думали дать. Одинъ изъ заслуженнѣйшихъ современныхъ пандектистовъ, Алоизъ Бринцъ, говоритъ по поводу этого объясненія ре-

[1]) Здѣсь именно умѣстно вспомнить Ihering'овскій укоръ юристу, неспособному объяснить себѣ ничего безъ формальныхъ критеріевъ, предѣлъ высоты его взглядовъ, и роковое ne sutor ultra crepidam...

цепціи, что *признаніе длящеюся власти цезарей есть уже само по себѣ рецепція*, рецепція римской идеи единаго государства съ единымъ главой; и она сама требуетъ объясненія, а вовсе не способна послужить средствомъ для объясненія рецепціи римскаго права.

Но правильно ли ставится вопросъ, когда юристы спрашиваютъ—на чемъ держится авторитетъ римскаго права въ новое время? Можно ли спросить, на чемъ держался авторитетъ системы juris gentium въ Римѣ? Что такое римское право въ новой Европѣ, что такое система juris gentium въ исторіи Рима? Рецепція римскаго права на западѣ есть эпоха въ исторіи новаго права, также какъ система juris gentium есть эпоха въ исторіи права римскаго. Это, и тутъ и тамъ, *эпоха общенія народовъ, смѣняющая эпоху партикуляризма*, особности національной жизни. Возможно ли спрашивать, по какому праву? по чьему велѣнію? Есть ли это вопросъ по существу юридическій? Если нѣтъ, то *какъ же долженъ быть формулированъ юридическій вопросъ*, касающійся рецепціи? Вотъ наше мнѣніе.

Въ основѣ образованія системы juris gentium, такъ же какъ и рецепціи римскаго права, лежалъ историческій процессъ общенія народовъ, смѣняющій собою національную исключительность взаимностью народовъ. Его мы видимъ въ Римѣ, его же мы наблюдаемъ въ новомъ мірѣ. Совершенно такъ, какъ тамъ этотъ процессъ выразился не въ единомъ законодательномъ актѣ, а въ постепенномъ образованіи преторскаго эдикта путемъ юрисдикціи сановниковъ и разработки новаго права юристами, также и здѣсь мы не видимъ формальнаго авторитета, на которомъ внезапно и повсемѣстно можно было бы основать обязательность новой системы, смѣняющей старую. Тамъ, въ Римѣ, старый единый національный источникъ — законъ съ его интерпретаціей мѣстными авторитетами, знатоками не одного права, а всякаго рода вопросовъ домоводства,—смѣнился юристами другого склада мыслей, дѣйствовавшими въ болѣе высокихъ сферахъ развитія права, въ судѣ претора, по соображеніямъ болѣе глубокимъ, чѣмъ старые cantatores formularum. Тутъ, въ новое время, мы видимъ то же измѣненіе требованій отъ юриспруденціи. Время національныхъ юристовъ, шöффеновъ, прошло безвозвратно. Нужны были иные суды. Нельзя было болѣе Recht finden secundum suos quinque sensus. Требовалось больше мысли, больше знанія. Гдѣ было взять его въ новое время? Великая разница въ условіяхъ римской и ново-европейской исторіи въ томъ только, что тамъ та же рѣчь, тѣ же установленія, общія, содѣйствовали развитію какъ старой, такъ и новой системы чужого права.

Что видимъ мы въ новой Европѣ? Здѣсь новые народы, не связанные сперва ничѣмъ, кромѣ племенныхъ узъ, вступаютъ въ общеніе въ области вѣры и церкви, въ этой сферѣ осваиваются съ чужой рѣчью, и съ этой латинской рѣчью въ церкви и школѣ, въ извѣстную пору начинаютъ освоеніе права.

Явленіе было сто кратъ толкуемо на всѣ лады. Ihering на этомъ явленіи главнымъ образомъ строилъ свои возраженія противъ *органическаго* ученія о правѣ, противъ Naturwüchsigkeit, растительныхъ процессовъ въ его развитіи. Вѣрно ли это (допуская натурально, вообще, метафоры въ рѣчи)? Мы думаемъ,— нѣтъ. Процессъ освоенія однимъ растительнымъ организмомъ другого, привитого, представляетъ собою, по нашему мнѣнію, не только въ природѣ, но и въ правѣ менѣе чудеснаго, чѣмъ пріемъ объясненія исторіи права механическими Zwang'ами всякаго рода, которые у Ihering'а замѣняютъ эти органическіе процессы.

Не законами, не приказами, не принужденіемъ объясняются явленія исторіи права; факторы тутъ вовсе не формально-юридическіе. Тутъ дѣйствуютъ *скрытые факторы* успѣховъ сознанія, воли, расширенія круга интересовъ личныхъ и соціальныхъ въ извѣстную историческую эпоху. Все это производитъ измѣненіе формъ общенія, ставитъ иначе задачи суда и дѣлаетъ совершенно понятнымъ въ новой Европѣ рецепцію чужой системы общаго права взамѣнъ своей, исключительной, партикулярной, статутарной...

Вотъ наше объясненіе явленія въ цѣломъ. Чтобы понять необходимость рецепціи, надо знать не только состояніе самого рецепированнаго права, но принять еще во вниманіе почву, на коей происходитъ рецепція. Она происходитъ тамъ, гдѣ является *потребность обособленія права частнаго отъ публичнаго и гдѣ вмѣстѣ съ тѣмъ элементъ права общаго торжествуетъ надъ партикуляризмами.* Чужое право, эта готовая римская матерія, отвѣчало и той и другой потребности, т. е. и обособленію частнаго отъ публичнаго и преобладанію элементовъ общихъ надъ особенными, въ той именно мѣрѣ, какая требовалась для новой эпохи европейской культуры права.

Это объясненіе *общихъ причинъ* рецепціи. Несомнѣнно, еще поучительнѣе было бы изученіе этого явленія въ частной исторіи отдѣльныхъ европейскихъ территорій. Нѣтъ подробности вопроса, которая не была бы занимательна и въ высшей степени инструктивна не только для исторіи европейскаго права, но, аналогически, и для нашего права. Только краткость времени побуж-

дѣетъ меня остановиться на сравнительно небольшомъ кругѣ явленій частнаго характера.

§ 8.

Рецепція *во Франціи.*—Историческая школа.—Raison écrite.—Упадокъ.—*Германскіе университеты.* — „Національный" протестъ. — Встрѣчныя теченія.— Подавляющее дѣйствіе на національные институты. — Скудость *общаго права* своего. — Предстоящая общая отмѣна формальнаго авторитета латинскихъ текстовъ.

Выше было видно, насколько различалась *судьба Франціи* и *Германіи* уже въ теченіе среднихъ вѣковъ по отношенію къ элементамъ, изъ коихъ созидалось право той и другой страны.

Во Франціи есть цѣлая большая территорія писаннаго права, гдѣ рецепція юстиніановскихъ источниковъ составляла собственно только смѣну худшихъ рессурсовъ познанія римскаго права лучшими. Университетскія штудіи юстиніановскихъ источниковъ начинаются на югѣ Франціи крайне рано. Въ XIII и XIV вв. мы видимъ университеты въ Monpellier, Orléans, Toulouse, Vienne, Lyon, Avignon, Grenoble, Valence. Тамошнія высшія школы были тоже не только школами въ нашемъ смыслѣ, и мы видимъ уже въ XIII вѣкѣ, что къ авторитету университетскихъ корпорацій обращаются по вопросамъ политическимъ, которые и разъясняются ими на основаніи римскаго и каноническаго правъ. Любопытно вмѣстѣ съ тѣмъ, что во Франціи очень рано авторитетъ римскаго права перестаетъ быть подавляющимъ для права мѣстнаго, какъ увидимъ позже въ Германіи, что въ то же время къ традиціи итальянскихъ школъ французы относятся самостоятельнѣе, независимѣе, чѣмъ въ другихъ областяхъ примѣненія рецепированнаго права. Людовикъ Святой (le roi justicier), имѣвшій легистовъ въ своемъ совѣтѣ, признаетъ силу римскаго права для Лангедока, но прибавляетъ, въ ordonnance'ѣ 1254 г., что оно не есть обязательный авторитетъ (non quod eorum nos obligat auctoritas, seu adstringat), а имѣетъ силу обычая мѣстнаго, стало быть, ту же, что и право кутюмное. То же находимъ и въ XIV в. въ ordonnance'ѣ Филиппа Краснваго (le roi niveleur), подтверждающемъ папское запрещеніе преподавать римское право въ парижскомъ университетѣ. Вмѣстѣ съ подъемомъ французскаго національнаго сознанія долженъ былъ опредѣлиться иной методъ изученія римскихъ источниковъ, чѣмъ въ Италіи, и долженъ былъ возникнуть въ кругахъ юристовъ вопросъ объ общемъ значеніи этого источника для практической юстиціи во Франціи.

Иной методъ изученія источниковъ выразился въ болѣе свободномъ отъ буквы закона взглядѣ на источники, въ устраненіи авторитета итальянскихъ толкователей и въ замѣнѣ схоластическаго догматизма историческими комментаріями къ текстамъ. Это не значитъ, что во Франціи не знали итальянской школы. Напротивъ, римское право читалось и въ XVI вѣкѣ magistraliter, more italico, итальянскія работы печатались въ изобиліи; но рядомъ съ этимъ шло, развивалось и преуспѣвало новое воззрѣніе на задачу романистовъ, и за этимъ обновленіемъ задачъ изученія было будущее французской юриспруденціи. Именитѣйшіе французскіе романисты XVI вѣка были не только знатоками текстовъ, это были люди съ обширной филологической и исторической эрудиціей.

Знаменитый французскій сатирикъ Рабеле, уже въ 1-ой половинѣ XVI в., восторгаясь подлинными источниками римскаго права, не находитъ имени, чтобъ унизить значеніе ихъ итальянскихъ толкователей [1]). Устраненіе господствовавшаго догматизма имѣло необъятныя послѣдствія для дальнѣйшей судьбы французскаго права. Интересъ и возможность изученія живаго французскаго права возбужденъ былъ въ лучшихъ умахъ лишь тогда, когда и въ источникахъ римскихъ стали видѣть не законченную и непререкаемую догму, а тѣ же жизненные процессы, которыми опредѣляется образованіе права на любой почвѣ.

Что касается общаго вопроса объ обязательности примѣненія римскаго права во Франціи, то мы имѣемъ любопытную контроверзу между двумя преемственными президентами парижскаго парламента: Pierre Lizet и Christophe de Thou, о которой намъ сообщаетъ Guy-Coquille, въ его Coutume de Nivernais. Maitre Pierre Lizet, первый президентъ парижскаго парламента въ 1-й половинѣ XVI в., полагалъ, что римское гражданское право есть наше (французское) общее право (notre droit commun), и прилаживалъ къ нему, насколько могъ, notre droit Français, а право французское, гдѣ оно несогласно съ римскимъ, считалъ нужнымъ толковать рестриктивно и примѣнять въ тѣсныхъ предѣлахъ. На-

---

[1]) Въ знаменитой сатирѣ этого curé de Meudon „Faits et gestes de Gargantua et de son fils Pantagruel“, читаемъ: et disoit aulcunes foys que les livres des loi luy sembloyent une belle robbe d'or triumphante et précieuse à merveilles qui feust brodée de m....., car, disoit-il, au monde n'y ha livres tant beaulx, tant aornez, tant elegans comme sont les textes des Pandectes; mais la brodure d'iceulx, c'est assavoir la glosse de Accurse, est tant salle, tant infame et punaise, que ce n'est qu'ordure et villennie. Куяцій не высоко цѣнитъ этихъ толкователей, которые in re futili оказываются multi, in difficili muti... (см. эти и многія другія живыя характеристики у Alph. Rivier, Introduction histor. au droit romain... Appendice, histoire littéraire et biographique).

оборотъ, maitre de Thou estimait les coutumes et le droit Français être notre droit commun, а римское право называлъ la raison écrite.

Эта характерная контроверза свидѣтельствуетъ о наступившемъ въ высшихъ сферахъ юриспруденціи критическомъ отношеніи къ праву заимствованному, несмотря на всѣ его преимущества передъ мѣстнымъ.

Контроверзы названныхъ президентовъ продолжаютъ долго послѣ раздѣлять виднѣйшихъ французскихъ юристовъ на два лагеря, и это различіе взглядовъ было крайне плодотворно для дальнѣйшаго свободнаго освоенія римскаго права и примиренія съ нимъ мѣстныхъ кутюмовъ. Авторитета научнаго за римскимъ источникомъ не отвергалъ никто, и право римское удерживало до созданія кодекса силу какъ *raison écrite*. Авторитетъ позитивный оспаривался, а въ отдѣльныхъ ученіяхъ прямо отмѣнялся не только юристами, но и законодателемъ. Такъ эдиктомъ 1606 г. отмѣнено было примѣненіе SC. Vellejanum; Людовикъ XIV отмѣнилъ lex Julia de fundo dotali для территорій, гдѣ онъ имѣлъ силу обязательную. Внутри римской системы опредѣлились такія начала, которыя оказали наибольшую способность къ рецепціи, и въ числѣ ихъ начала римскаго обязательственнаго права занимаютъ виднѣйшее мѣсто.

Въ XVIII в. романистскія штудіи падаютъ во Франціи [1]), и лучшій изъ знатоковъ римскаго права этого времени, Pothier, остается позднѣйшимъ изъ романистовъ, котораго сочиненія служатъ прямо источниками при составленіи Code'a въ тѣхъ его частяхъ, гдѣ онъ опирается на римскую традицію, именно въ нѣкоторыхъ ученіяхъ вещнаго права и, главное, въ ученіи объ обязательствахъ изъ договора.

Мы обратимся къ обозрѣнію тѣхъ же явленій рецепціи чужаго права въ странѣ, имѣющей больше точекъ соприкосновенія съ нами, чѣмъ Франція, не связанной съ Римомъ непосредственными традиціями въ исторіи права, въ Германіи.

Въ ту пору, когда совершалась рецепція, нельзя, какъ отчасти и позже, полагать непереходимой границы въ исторіи умственнаго движенія на западѣ. Рѣчь ученаго тогдашняго міра

---

[1]) „Que servirait-il le dissimuler?“ восклицаетъ président Bouhier въ 1746 г., „Cette belle science, dans laquelle notre nation a autrefois excellé à tel point, que les étrangers avouaint eux-mêmes que si elle pouvait se perdre parmi eux, on la retrouverait en France, cette science est aujourd'hui presque reléguée dans les écoles, où même on se contente d'en prendre une teinture si légère, qu'à peine en reste-t-il quelques traces dans l'esprit de ceux qui en ont appris les premiers élements“.

не была національною, а латинскою. Академическія аудиторіи состояли, какъ мы видѣли выше, далеко не изъ своихъ только слушателей. Peregrinatio academica, нынѣ сравнительно рѣдкая, обнимала тогда не только кругъ слушающихъ, но и классъ преподающихъ. Каѳедры французскаго университета заняты далеко не одними французами. Въ свою очередь, французы вовсе не стѣснены никакими обязательствами, ограничивающими ихъ дѣятельность одною Франціей. Примѣровъ масса [1]). Куяцій учитъ не во французскихъ университетахъ только, а также въ Туринѣ. Донель (Donellus, Hugues Doneau) занимаетъ каѳедры во Франціи, потомъ (послѣ Варѳоломеевской рѣзни) въ Гейдельбергѣ, Лейденѣ, Альтдорфѣ. Не менѣе того, вмѣстѣ съ временемъ, процессъ рецепціи, во всей своей совокупности, очень различается въ разныхъ европейскихъ территоріяхъ, и изученіе его въ отдѣльныхъ областяхъ представляетъ своеобразный интересъ.

Въ то время, когда идея императорской власти была живою въ Германіи, рецепція чужого права далеко не составляла явленія виднаго въ нѣмецкой исторіи права. Есть писатели, которые начинаютъ исторію рецепціи съ Карла Великаго. Это, конечно, всего менѣе касается права частнаго. Характерно именно то, что пока идея императорской власти въ силѣ, процессъ рецепціи чужаго права слабъ, и наоборотъ, онъ становится чрезвычайно сильнымъ и рѣшительнымъ въ такую пору, когда отдѣльные политическіе центры усиливаются на счетъ общаго центра.

Какимъ образомъ въ этихъ условіяхъ могли развиваться успѣхи общаго права, именуемаго lex imperialis, когда сама власть, imperium, не расширяла, а утрачивала почву? Объяснить себѣ успѣхи новой юриспруденціи внѣшними, формальными факторами праворазвитія нѣтъ возможности. Романизирующіе юристы преуспѣвали независимо отъ формальнаго авторитета ихъ мнѣній. Нѣмецкій императоръ въ эту пору всего менѣе походилъ на императора римскаго, а императорская власть была скорѣе враждебною всякой подлинно-римской идеѣ силой, чѣмъ ея выраженіемъ. Но, во-первыхъ, въ самомъ римскомъ правѣ заключались условія его успѣха на новой почвѣ и, съ другой стороны, эта почва становилась все болѣе и болѣе воспріимчивою къ рецепціи настоящихъ началъ, обособленнаго отъ публичнаго права, права частнаго, какимъ оно было въ Римѣ, способнаго, вмѣстѣ съ тѣмъ, стать общимъ для разныхъ территорій.

---

[1]) См. указанный выше Introduction... Rivier, Appendice, histoire littéraire et biographique.

Итакъ, рецепція римскаго права дѣлала успѣхи въ Германіи не въ силу содѣйствія императорской власти, а несмотря на упадокъ ея значенія, и именно въ эпоху этого упадка, подъ вліяніемъ внутреннихъ причинъ, лежащихъ въ свойствахъ римской системы и въ условіяхъ почвы, гдѣ она примѣнялась.

Самый ходъ этого любопытнаго явленія разрабатывается нынѣ нѣмецкими историками и юристами съ чрезвычайнымъ вниманіемъ со всѣхъ сторонъ. Для исторіи рецепціи у нѣмцевъ характерна полнѣйшая зависимость ея въ Германіи отъ итальянскихъ учителей и въ смыслѣ объема рецепціи (реципировано только то, что глоссировано, см. курсы римскаго права) и въ смыслѣ ея интензивности. И въ томъ, и въ другомъ отношеніи рецепція въ Германіи носитъ черты болѣе рѣзкія, чѣмъ во Франціи. Германія, какъ цѣльный національный организмъ, не существовала еще въ XV и XVI вв. подобно Франціи. Національное право не могло реагировать вторженію чужаго общаго права въ это время такъ, какъ оно реагировало во Франціи, ибо римское право не встрѣчало здѣсь настолько разработанныхъ и развившихся элементовъ своего общаго права, какъ это было по ту сторону Рейна. Свое право было статутарное, и юристы общаго права смотрѣли на него отрицательно. Statuta stricte sunt intelligenda contra jus commune. Одинъ изъ собирателей мѣстнаго роштокскаго права, изложивъ впереди статутарныя положенія, переходитъ къ римскому праву такъ: „Hier hört das rostocker Stadtrecht auf und beginnt die gesunde menschliche Vernunft“ (здѣсь оканчивается роштокское городское право и начинается здравый человѣческій разумъ). Національное право было, въ этомъ зародышномъ состояніи, подавлено и не могло развиться такъ свободно, какъ оно развивалось во Франціи, гдѣ вліяніе чужого не было ни столь внезапнымъ, ни столь исключительнымъ, въ виду сравнительной зрѣлости началъ своего общаго права. Здѣсь протестъ противъ чужого права долгое время держался на степени простого народнаго чутья, враждебнаго рецепціи, простого ропота, неспособнаго устранить ея необходимости, такъ какъ этимъ простымъ чутьемъ или однимъ отрицаніемъ чужого нельзя было удовлетворить возраставшей потребности нормъ общихъ, коихъ не создала сама нація.

Чѣмъ выше поднимался авторитетъ итальянскихъ университетовъ, тѣмъ понятнѣе желаніе передовыхъ людей Германіи освободиться отъ его подавляющей силы и устроить у себя научныя учрежденія такого же рода; и это былъ несомнѣнно первый серьезный шагъ къ эманципаціи нѣмецкой мысли отъ иноземнаго

вліянія, хотя нужны были вѣка, прежде чѣмъ успѣхъ школы обезпечилъ націи не только самостоятельность, но и доминирующее положеніе въ дѣлѣ науки права. Исторія нѣмецкихъ университетовъ есть исторія этого процесса—сперва усвоенія чужихъ ученій, потомъ самостоятельной разработки задачъ національной жизни въ правѣ.

Въ половинѣ XIV в. Карлъ IV учреждаетъ университетъ въ Прагѣ (1348 г.), по образцу парижскаго , гдѣ учился самъ Карлъ IV. Затѣмъ возникаютъ университеты въ Вѣнѣ (1365 г.), Гейдельбергѣ (1386 г.), Кёльнѣ, Эрфуртѣ, Вюрцбургѣ, Лейпцигѣ, Роштокѣ, Трирѣ, Грейфсвальдѣ, Фрейбургѣ, Базелѣ, Ингольштадтѣ, Тюбингенѣ, Майнцѣ, Виртембергѣ (1506 г.), такъ что къ началу XVI в. Германія имѣла шестнадцать такихъ высшихъ школъ.

Въ старѣйшихъ нѣмецкихъ университетахъ преобладали сперва канонисты, а праву римскому нѣмцы и въ XVI вѣкѣ все идутъ учиться въ Италію. Эклезіасты смотрѣли неблагопріятно на успѣхи свѣтскихъ ученій о правѣ. Не безъ ихъ вліянія рано раздаются протесты толпы противъ юридической науки. Лѣтописи свидѣтельствуютъ объ этихъ грубыхъ формахъ протеста со стороны темныхъ людей, мысли коихъ не могли стать выше интересовъ локальнаго характера. Докторовъ права гонятъ изъ Констанца и провожаютъ криками: wir fragen nicht nach dem Bartele oder Baldele (Bartolus и Baldus), wir haben sonderbare landgebräuche. Naus mit euch (мы не спрашиваемъ, что выходитъ по вашему Бартолу и Бальду, у насъ свои земскіе обычаи. Прочь отсюда). Мы не видимъ въ такихъ явленіяхъ въ самомъ дѣлѣ *національнаго* протеста, который нерѣдко склонны имъ приписывать историки. Это, быть можетъ, не дурно разсчитанныя на впечатлѣніе попытки вождей кононическаго лагеря, но безплодныя въ смыслѣ противодѣйствія вторженію чужого права. Канонисты составляли сторону въ борьбѣ со свѣтской мудростью пандектистовъ, но они не создали ничего пригоднаго для дѣйствительнаго торжества надъ нею. Эта борьба римскаго права противъ каноническаго есть борьба свѣтской власти съ духовною. Успѣхъ этой борьбы противъ римской куріи тѣмъ значительнѣе, чѣмъ больше преуспѣваетъ свободное изученіе древности, въ эпоху возрожденія наукъ, надъ вѣрой въ авторитетъ толкователей латинскихъ текстовъ. Вліявшій въ этомъ смыслѣ на изученіе права въ Германіи итальянскій романистъ Альціатъ (Alciatus) былъ однимъ изъ виднѣйшихъ людей, способствовавшихъ очищенію юриспруденціи отъ варварскихъ наслоеній. Въ

числѣ нѣмецкихъ гуманистовъ, работавшихъ въ этомъ же направленіи, слѣдуетъ назвать Эразма Роттердамскаго и Ульриха Цазіуса (Zasius). Однако, успѣхи возрожденной мысли были здѣсь далеко не столь всеобщими и не столь быстрыми, какъ во Франціи. Въ практикѣ еще очень долго, вплоть до нашихъ дней, удерживалось господство схоластики, отрицательное отношеніе къ національному праву и набожное поклоненіе юстиніановскимъ текстамъ.

Чтобъ объяснить себѣ, какъ преуспѣвала рецепція въ Германіи, нѣмецкіе ученые нашего времени прилежно изслѣдуютъ разныя стороны этого движенія. Движеніе идетъ, во-1-хъ, сверху, отъ высшихъ органовъ юстиціи; во-2-хъ, навстрѣчу ему и въ томъ же направленіи освоенія итальянской традиціи римскаго права, идетъ движеніе снизу.

Движеніе сверху изслѣдовано въ особенности заслуженнымъ профессоромъ Stobbe въ его Geschichte der deutschen Rechtsquellen (2. т, 60.—64 г.). Движеніе сверху имѣетъ свои фазисы. Въ XV в. мы видимъ, что сословія, города, частныя лица обращаются постоянно къ ученымъ юристамъ за совѣтомъ и рѣшеніемъ спорныхъ вопросовъ права, какъ прежде обращались къ Schöffenn'амъ пользовавшихся извѣстностью такъ называемыхъ Schöffenstuhl'ей. Эти ученые люди были знатоками римскаго права, учившимися сначала обыкновено въ Италіи. Степень доктора давала притязаніе на званіе благороднаго. Сперва въ качествѣ совѣтниковъ и третейскихъ судей, эти лица, впослѣдствіи, дѣйствуютъ въ судахъ оффиціальныхъ, преимущественно въ высшихъ судебныхъ установленіяхъ. Введеніе въ Германіи высшаго имперскаго судилища (Reichskammergericht—1495 г.) въ особенности способствовало успѣху этого движенія рецепціи сверху. *Высшій судъ вершитъ дѣла по писаному праву.* Низшія инстанціи вынуждены т. обр. сообразовать свои взгляды съ нормами, коими руководствуется высшая инстанція. Такимъ путемъ потребность знанія римскаго права проходитъ сверху внизъ. Учившіеся юристы подчиняютъ себѣ, а потомъ вытѣсняютъ несвѣдущихъ простымъ преимуществомъ познаній. Знатокъ текстовъ, легистъ, legulejus ille naribus omnes tanquam bubulos trahit. Цѣлый рядъ нѣмецкихъ ученыхъ нашего времени (въ особенности Sohm, Stölzel) разрабатываютъ эту сторону успѣховъ рецепціи путемъ измѣненія судоустройства и замѣны стараго состава судебнаго персонала новымъ. Мы присутствуемъ здѣсь при такой переработкѣ права, которая по способу, коимъ совершается, имѣетъ несомнѣнно общія черты съ преобразованіемъ въ юрисдикціи римскаго пре-

тора до тѣхъ поръ дѣйствовавшихъ нормъ для новыхъ условій жизни [1]).

Это та пора европейской жизни, когда старыя вѣрованія стали уступать новому движенію мысли, когда надламывались основы феодализма и связанныя съ землевладѣніемъ формы зависимости цѣлыхъ населеній отъ территоріальныхъ господъ, когда расширяется торговое движеніе далеко за предѣлы старыхъ таможенныхъ линій, когда въ городахъ происходитъ сближеніе разныхъ исторически сложившихся классовъ общества, и это стремленіе къ уравненію ищетъ себѣ отвѣта въ правѣ и находитъ его въ нивеллирующей римской идеѣ общаго гражданскаго права.

Для исторіи рецепціи очень важную фазу составляетъ университетская преподавательская и юридическая литературная дѣятельность этого времени. Въ этой фазѣ развитія нѣмецкой умственной жизни лежитъ разгадка не только процесса свободнаго освоенія Германіей чужого права, но и выработки національныхъ нѣмецкихъ юридическихъ институтовъ. По исторіи университетовъ и науки права въ особенности мы имѣемъ нынѣ, независимо отъ трудовъ общаго характера (Raumer, Geschichte der Pädagogik, т. VI, die Universitäten), массу частныхъ историческихъ сочиненій и сборниковъ, изъ коихъ, для исторіи науки права, капитальное значеніе имѣютъ работы Stinzing'a и Muther'a, особенно перваго — Geschichte der deutschen Rechtswissenchaft (2 т.; 2-й т. изд. Landsberg'омъ по смерти автора, въ 1884 г.). Чужіе ученые и чужіе университеты не могли дать всего, что нужно странѣ для возрожденія ея юридическаго быта въ новыхъ условіяхъ [2]). Отношеніе такихъ чужихъ руководителей къ студентамъ было нерѣдко по-истинѣ циничнымъ: мы беремъ гонораръ съ нашихъ слушателей,—говоритъ профессоръ,—даемъ имъ докторскіе дипломы и отпускаемъ ослами на ихъ родину (accipimus pecuniam et mittimus asinum in patriam). Значеніе родныхъ университетовъ возвышалось еще обычаемъ обращенія сторонъ и суда къ факультету юристовъ для постановки рѣшеній, особенно въ трудныхъ случаяхъ (такъ-назыв. Actenversendung, transmissio actorum).

И такъ, надо было умножать свои высшія школы, поднимать ихъ значеніе и терпѣливо ждать плодовъ.

Но и коллективнаго дѣйствія этихъ факторовъ не было бы

---

[1]) Нѣкоторыя аналогіи этихъ явленій хорошо проводитъ Августъ Шульце (см. Юр. Библ., № 27).

[2]) Теперь видное мѣсто въ обработкѣ исторіи нѣмецк. университетовъ занялъ Kaufmann, Geschichte d. deutsch. Universitäten (1888 г.).

достаточно, чтобы сдѣлать понятною силу чужого права въ Германіи, обнявшую всѣ стороны ея юридическаго быта. Одновременно съ дѣятельностью высшихъ судовъ, университетовъ, литературы, въ этомъ же направленіи, шла менѣе видная, но глубоко проникающая въ жизнь *дѣятельность полу-ученой юриспруденціи*, секретарей, мелкихъ дѣльцовъ, домашнихъ совѣтниковъ (нотаріусы, ходатаи по дѣламъ, низшее духовенство), сферу дѣятельности которыхъ составляла преимущественно каутелярная юриспруденція. Этотъ классъ лицъ работалъ въ болѣе узкой сферѣ, преимущественно *въ низшихъ кругахъ общества*, опутывая нерѣдко каверзами всякаго рода самыя простыя отношенія этихъ круговъ. Путаница понятій, неизвѣстность права въ этихъ условіяхъ, двойственность праворазвитія, своего, очень дробнаго и дурно-разработаннаго, національнаго, и общаго, супранаціональнаго, открывала широкое поприще предпріимчивости кляузниковъ и ябедниковъ. Stinzing съ величайшимъ терпѣніемъ изучилъ эту сторону дѣла въ исторіи нѣмецкаго права. Тутъ выросла своего рода литература, тоже испытавшая на себѣ вліяніе итальянскаго кляузнаго мастерства. Этотъ очень извѣстный трудъ Stinzing'a есть его Geschichte der populären Literatur des römischkanonischen Rechts in Deutschland am Ende des XV u. im Anfange des XVI Jahrhund., 1867 г. Въ процессѣ этого движенія рецепціи снизу слѣдуетъ искать объясненія извѣстной нѣмецкой поговорки „Juristen sind böse Christen", о происхожденіи которой писалъ тотъ же Stinzing.

Такъ шло со всѣхъ сторонъ любопытное въ культурно-историческомъ смыслѣ движеніе освоенія чужого права, далеко не всегда приносившее добрые плоды для національной жизни.

Оно надолго сдѣлало почти безплодной разработку своего общаго права, которое все оставалось на степени мѣстнаго непризнаннаго, скудѣющаго, статутарнаго, стѣсняемаго въ примѣненіи юристами общаго права. Statuta sunt sterilia tanquam mulae, quae non pariunt — вотъ ихъ взглядъ на національное право. Жить по этому jus barbarum, asininum, по этимъ безсмысленнымъ законамъ (leges sine ratione), по этому праву, созданному безсмысленными людьми (jus per homines ratione carentes conditum), невозможно. Возможно жить только по римскому праву въ итальянской рецепціи [1]).

[1]) Одинъ изъ ученыхъ юристовъ XV в., въ трактатѣ: De imperio Germanico, пишетъ: quid dicam de legum aequissimarum jurisque scripti observatione, quae fere nulla est, sed jure incerto vivitur, et in multitudine illiterata, quod unicuique sui arbitrii discretione visum est, id in judiciis vim legum obtinere

Это было долгое время господствующимъ правовоззрѣніемъ у юристовъ; и надо было, чтобы многія условія нѣмецкой жизни измѣнились, для того чтобъ чужому общему праву стало возможнымъ противопоставленіе своихъ институтовъ гражданскаго права съ такимъ же свойствомъ общности. Однѣ перемѣны въ условіяхъ нѣмецкой жизни были недостаточны, чтобъ примирить дуализмъ реципированнаго чужого и своего національнаго права. Для этого долженъ былъ измѣниться методъ изученія самого римскаго права. Надо было не только отдѣлаться отъ авторитета глоссаторовъ, комментаторовъ, догматиковъ и вернуться къ изученію источниковъ юстиніановскаго права; надо было идти глубже, въ до-юстиніановскую эпоху, познать само римское право не въ кодифицированномъ видѣ, а въ процессѣ его образованія, въ его исторіи. Только тогда, въ виду этихъ постигаемыхъ мыслью жизненныхъ процессовъ римскаго праворазвитія, и свое право перестало быть для нѣмецкой юриспруденціи чѣмъ-то ничтожнымъ, не заслуживающимъ изученія, теряющимъ смыслъ по сравненію съ блестящимъ кодифицированнымъ правомъ юстиніановскихъ источниковъ. Только въ этихъ условіяхъ возможно было начать изученіе своего съ любовью и съ толкомъ.

Для Германіи эта пора примиренія элементовъ общаго, универсальнаго, съ началами особаго, своего, національнаго, эта гармонія жизненныхъ началъ въ правѣ наступила, вѣрнѣе, наступаетъ много позже, чѣмъ для Франціи. Ея право и нынѣ далеко не дало въ результатѣ единаго для всей націи чисто-цивильнаго кодекса, представляющаго ту гармонію разныхъ началъ, какую мы видѣли во Франціи. Зависитъ это нынѣ уже не отъ недостатка изученія римскаго и своего права. Въ этомъ отношеніи нѣмцы и ихъ университеты стоятъ теперь много выше положенія французской науки въ XVIII вѣкѣ. Это условлено историческими обстоятельствами другого свойства, въ особенности обстоятельствами политической жизни нѣмецкаго народа. Для насъ эта сторона дѣла будетъ яснѣе въ слѣдующемъ за симъ очеркѣ кодификаціи.

Заключая очеркъ рецепціи римскаго права въ Германіи, мы должны сказать, что освоеніе въ Германіи чужого права было условлено постепенно возраставшимъ стремленіемъ къ обособленію

---

volunt. Neque ulla major abusio mihi esse videtur quam per eos, qui rus colunt, jus in provinciis dictari, qui ob ignaviam a juris notitia legibus excusantur. Какъ это все вѣрно... *съ римской точки зрѣнія.* Можно забыть, что мы имѣемъ дѣло съ писателемъ XV в. новой эры. Но въ этомъ различіи времени и условій и заключается собственно все дѣло...

права частнаго отъ публичнаго и вмѣстѣ съ этимъ быстро наступившею потребностью общихъ нормъ въ нѣмецкой жизни.

Найти отвѣтъ этому стремленію въ источникахъ своего права не было возможности. Каковъ бы ни былъ кодексъ, способный отвѣтить этой жизненной потребности, мысль юриста того времени должна была пробить себѣ къ нему путь. Путь былъ трудный. Придти къ познанію чужого права возможно было лишь долгой и тяжелой школой. Чѣмъ менѣе была совершенна школа, тѣмъ больше терялась на этомъ тяжеломъ школьномъ пути связь съ жизнью, съ особыми задачами, которыми отличалась жизнь новыхъ народовъ отъ жизни латинскаго міра. Подлежала усовершенствованію эта школа, а движеніе права отъ первоначальной особности къ наступающей общности не могло пойти обратнымъ путемъ. Нормы права общаго римскаго и статутарнаго новаго (см. выше Очеркъ столкновенія статутовъ) клонились къ одной цѣли, къ преобладанію элементовъ общихъ надъ особенными, надъ партикуляризмами. Отсутствіе приспособленныхъ къ общему разумѣнію сборниковъ дѣйствующихъ въ этомъ духѣ нормъ обходится дорого меньшей братіи, этой multitudo illiterata, на которую свысока смотрятъ юристы. Но цѣль движенія не противоположна интересамъ низшихъ классовъ. Это уравненіе права, имѣющее стать на мѣсто безчисленныхъ формъ частноправной зависимости и неволи, какія создала предшествующая эпоха національной исторіи. Достиженіе этой цѣли стоило приносимыхъ жертвъ. Органомъ рецепціи служитъ судъ, и начала новаго права входятъ въ жизнь медленно, не вытѣсняя сразу старый строй отношеній.

Въ Германіи не было того постояннаго процесса собиранія мѣстныхъ кутюмовъ и сочетанія ихъ съ началами римскаго права, какой мы видѣли во Франціи. По отношенію къ выработкѣ такихъ нормъ, изъ коихъ образуются затѣмъ начала общаго національнаго права, — Германія остается позади. Процессъ рецепціи у нѣмцевъ болѣе тяжелый, чѣмъ во Франціи, болѣе подавляющій самостоятельность юристовъ въ ихъ существенной задачѣ находить нормы отношеній, соотвѣтствующія сознанію права въ обществѣ. Они не столько искали этихъ нормъ, сколько отвѣчали готовыми латинскими текстами на запросы нѣмецкой практики, безъ посредствующаго ближайшаго изученія разницы условій новой жизни и жизни римскаго общества. Но этотъ способъ дѣйствія не былъ актомъ свободнаго ихъ выбора. Они отвѣчали потребности нормъ общихъ, коихъ не создала исторія страны. И, съ другой стороны, орудуя при помощи чуждыхъ

понятій, они, хотя только въ формальномъ смыслѣ, достигали въ результатѣ нѣкотораго объединенія до крайности дробныхъ началъ нѣмецкихъ національныхъ институтовъ. Эта работа не есть ни произвольная, ни насильственная. Въ ней повторяется тотъ процессъ, который необходимъ для цѣли приведенія въ извѣстность существующихъ отношеній. Это общая черта формализма въ юриспруденціи, которая выразилась рельефнымъ образомъ въ системѣ квиритскаго права. Это юридическая техника, овладѣвъ которою легче придти къ различенію особенностей, отступленій отъ общихъ типовъ, къ индивидуализаціи, чѣмъ идя обратнымъ путемъ. Такой процессъ развитія права нельзя назвать неорганическимъ. Для Германіи въ особенности, гдѣ не было не только своего общаго права, но не развилось объединяющей жизни націи политической системы, какъ во Франціи, въ этой воображаемой lex imperialis лежалъ существеннѣйшій залогъ возможнаго объединенія ея юридическаго быта.

Мы увидимъ далѣе, что приверженность къ римскому праву переживаетъ здѣсь наступившую, особенно въ XVIII вѣкѣ, эпоху кодификаціонную. Успѣхи кодификаціи, отмѣна формальнаго авторитета римскихъ источниковъ, введеніе въ нѣкоторые новые кодексы національныхъ началъ — не отвѣчаетъ стремленіямъ къ единому праву для цѣлой націи. Ученая разработка этихъ кодексовъ (особенно прусскаго и австрійскаго) встрѣчается общимъ сочувствіемъ только тогда, когда ученые истолкователи этихъ кодексовъ сводятъ свои работы опять къ старому общему источнику, къ праву римскому, и нынѣ, рядомъ съ этимъ, къ общему германскому праву.

Только съ успѣхами политическаго объединенія Германіи эманципація отъ римскаго права, отъ его *формальнаго* авторитета начинаетъ переходить въ планы серьезныхъ людей. До этого времени его господство, съ несомнѣнными видоизмѣненіями и отступленіями отъ прежняго поклоненія его текстамъ, хотя частичнымъ образомъ, связывало націю узами этого традиціоннаго юридическаго единства. Только, теперь, когда единеніе можетъ стать болѣе полнымъ, эти старыя узы по внѣшности признаются ненужными, хотя по существу общіе элементы предположенной новой общей системы частнаго права останутся тѣми же римскими, какими были ранѣе нынѣшнихъ политическихъ перемѣнъ [1]).

[1]) Признаки видны во многомъ и между прочимъ въ позднѣйшихъ работахъ Павла Рота (Paul Roth, † 1891 г.), близко стоявшаго въ кодификаціонной коммиссіи.

Формальный общій авторитетъ римскихъ текстовъ былъ уже разъ отмѣненъ формальнымъ авторитетомъ локальныхъ кодексовъ, чтобъ вновь уступить имъ господство, и нынѣ вновь будетъ замѣненъ авторитетомъ общаго кодекса, по всей вѣроятности тоже только формально. Наука общаго гражданскаго права едва ли скоро дѣйствительнымъ образомъ отрѣшится отъ римскихъ основъ, по крайней мѣрѣ, ревность къ изученію римскаго гражданскаго права, въ новое время, въ ожиданіи новаго кодекса, не только не падаетъ въ Германіи, но возобновляется и во Франціи, гдѣ она была нѣкоторое время въ дѣйствительномъ упадкѣ. Отношеніе къ задачѣ этого дальнѣйшаго изученія есть, правда, нынѣ совершенно иное, чѣмъ встарь. Цивилисты обращаются къ его текстамъ уже не для того, чтобы искать тамъ готовыхъ отвѣтовъ на проблемы, которыя ставитъ наша жизнь и которыхъ вовсе не знало римское общество. Мы обращаемся къ этимъ источникамъ для того, чтобы овладѣть техникой классиковъ, ихъ мастерствомъ въ разработкѣ юридическихъ задачъ, и чтобы тѣмъ же методомъ, котораго держались они, возобновить прерванную ихъ работу надъ новыми задачами, которыя ставитъ намъ наша жизнь.

Я не буду говорить о рецепціи римскаго права въ другихъ государствахъ Европы, особенно въ Нидерландахъ и Швейцаріи, хотя нахожу эти явленія очень характерными для уясненія задачъ современной цивильной юриспруденціи. Интересующіеся найдутъ эти очерки въ указанной выше книгѣ Модермана.

§ 9.

Понятіе кодификаціи.—Кризисы въ историческомъ процессѣ праворазвитія.—Выходъ нормальный и насильственный.—Code civil.—Кодификація въ нѣмецкихъ земляхъ въ XVI в.—Codex maximilianeus bavaricus.—Кодификаціонная программа въ Пруссіи.—Прусскій Landrecht.—Оцѣнка его въ прежнее время.—Система Ландрехта.—Образцы регламентаціи.—Австрійскій кодексъ.

Вопросъ о кодификаціи сталъ нѣкоторое время однимъ изъ очень видныхъ и прилежно разъясняемыхъ въ юридической литературѣ на западѣ, въ Германіи, Франціи, Англіи, частью и у насъ. Между тѣмъ, такъ обще-формулированный вопросъ не заключаетъ въ себѣ опредѣленнаго содержанія, ибо понятіе кодекса не имѣетъ постоянныхъ признаковъ. Въ латинской терминологіи кодексами (кодициллами) называютъ не одни сборники легальныхъ или юридическихъ нормъ, а также счетныя книги, связки

табличекъ, на коихъ писались распоряженія, восполнявшія тестаментъ (codices membranei, chartacei, eborei). Вопросъ о кодификаціи пріобрѣтаетъ интересъ для юриста по мѣрѣ того, какъ ему даютъ юридически опредѣленное содержаніе. Въ этомъ смыслѣ кодификаціей называютъ приведеніе въ извѣстность, въ особенности приведеніе къ единству, къ согласію посредствомъ нѣкоторой переработки, притомъ письменной, болѣе или менѣе обширнаго наличнаго комплекса юридическихъ нормъ, которыя имѣютъ быть практически примѣняемы въ данной сферѣ отношеній. Кодифицировать въ этомъ смыслѣ можно любое право, начиная хоть съ международнаго, въ любомъ объемѣ, какимъ угодно способомъ переработки подлежащаго матеріала, съ самыми различными послѣдствіями для нормъ, прежде дѣйствовавшихъ, и для силы примѣненія кодифицированнаго права. Начиная съ римской терминологіи, противуполагаемый названію кодифицированнаго права, общеупотребительный терминъ есть новелла, новый законъ, новая норма. Съ этими общими признаками явленіе кодификаціи въ разное время, въ разныхъ условіяхъ, въ различныхъ видахъ, не представляетъ здѣсь для нашихъ цѣлей ничего поучительнаго.

Несомнѣнно ближе и поучительнѣе для насъ тѣ явленія кодификаціи, которыя мы наблюдаемъ въ условіяхъ современной культуры права, въ особенности права гражданскаго, въ странахъ, гдѣ общій ходъ праворазвитія знакомъ намъ изъ предшествующихъ очерковъ. Вниманіе къ этимъ явленіямъ дастъ намъ средство опредѣлить черты сходства и различія съ явленіями подобными въ исторіи нашего права и въ настоящемъ его состояніи. Это и есть наша цѣль. Конечно, и въ этихъ областяхъ не всѣ явленія, которыя можно назвать общимъ именемъ кодификаціи, одинаково любопытны для насъ.

Мы видѣли, что *у французовъ, почти на всемъ пространствѣ ихъ исторіи, идутъ попытки собирать разсѣянныя нормы обычнаго права, приводить ихъ въ сочетаніе съ правомъ римскимъ*, съ практикой судовъ, съ ordonnance'ами королей, по той, другой отрасли права, иногда частнымъ путемъ, иногда съ содѣйствіемъ оффиціальныхъ лицъ... Вся эта дѣятельность направлена къ приведенію права въ извѣстность, къ согласованію его нормъ, къ отрытію легчайшаго примѣненія этихъ нормъ на судѣ самимъ судомъ и сторонами. *Въ этихъ явленіяхъ нѣтъ*, однако, для характеристики времени, *ничего специфическаго*. Мы не можемъ назвать такихъ эпохъ въ исторіи права эпохами кодификаціонными. Собираніе, записываніе, согласованіе, въ болѣе или

менѣе обширномъ видѣ, дѣйствующихъ нормъ составляетъ сопровождающее любую исторію права явленіе. За образовавшимся однимъ сборникомъ слѣдуетъ другой, праворазвитіе въ дальнѣйшемъ питается изъ тѣхъ же источниковъ, которые оживляли его и прежде.

Это совсѣмъ не то явленіе обработки права, которое Савиньи называетъ *болѣзнью нашего вѣка* и въ которомъ онъ видитъ опасность для здороваго развитія права. Опасность кодификаціи указывается писателями этого направленія совершенно опредѣленно тамъ, гдѣ вмѣшательство законодательныхъ инстанцій разрываетъ для цѣлыхъ системъ юридическихъ институтовъ связь настоящаго съ прошлымъ и гдѣ, вслѣдствіе этого, оскудѣваетъ живой процессъ праворазвитія въ національномъ сознаніи. Савиньи не ограничивается этимъ обличеніемъ кодификаціонной немочи въ явленіяхъ, взятыхъ имъ изъ дѣйствительности; онъ указываетъ намъ и тѣ *здоровые процессы*, которые устраняютъ всякую надобность въ механическихъ экспериментахъ надъ правомъ.

Обыкновенно, опасность кодификаціонныхъ опытовъ послѣдняго рода становится на очередь тамъ, гдѣ въ жизни права, въ исторіи его происходитъ *переломъ*, когда предшествующая эпоха исключительнаго господства нормъ національнаго права уступаетъ, болѣе или менѣе быстро, мѣсто потребности въ развитіи нормъ другого типа, болѣе широкаго круга примѣненія, универсальнаго характера. Тогда образуется въ жизни нѣкоторый *дуализмъ нормъ*, одинаково обязательныхъ для суда, въ разномъ кругѣ лицъ, не въ одной сферѣ отношеній. Въ этихъ условіяхъ примѣненіе нормъ въ практикѣ суда и сдѣлокъ до крайности осложняется. Такое явленіе знакомо намъ въ исторіи Рима въ концѣ республики. И въ эту пору возникла мысль (ее приписываютъ Цезарю) удалить всѣ затрудненія однимъ актомъ кодификаціи гражданскаго права. Мы не знаемъ подробностей плана; несомнѣнно одно, что механическій способъ разрѣшенія трудной проблемы уступилъ мѣсто другому выходу. Право, при всемъ обиліи, излишествѣ нормъ, двойственности ихъ состава, осталось некодифицированнымъ. Задача юриспруденціи стала выше, чѣмъ когда либо прежде или послѣ. Надо было *найти путь къ гармоническому сочетанію двухъ одновременно-практическихъ системъ*, своей, національной, и общей системы juris gentium. Трудность могла легко казаться неодолимой. Для этого необходимо было придти къ разумѣнію *внутренней основы различнаго строенія обѣихъ исторически сложившихся системъ* (ratio juris) въ такую пору, когда процессъ

ихъ образованія далеко еще не былъ завершившимся, и изъ этого разума ихъ конструировать примѣненіе началъ того и другого права въ разныхъ областяхъ практической юриспруденціи. Выше этой цѣли и той методы, которою шла классическая юриспруденція къ ея достиженію, мы не знаемъ ничего въ прошлыхъ судьбахъ нашей науки. Памятникомъ этого творчества служатъ намъ позже кодифицированныя письмена юристовъ этой эпохи. Вы знаете, когда и какъ, много позже, наступила другая эпоха, кодификаціонная, въ римской жизни.

Вотъ тотъ выходъ изъ трудностей, то время *свободнаго творчества юристовъ*, тотъ *методъ достиженія практическихъ задачъ юриспруденціи*, какой знала эпоха до-кодификаціонная въ Римѣ, и который составляютъ въ одинаковой мѣрѣ предметъ восторженнаго поклоненія и знаменитаго французскаго сатирика XVI в., и величайшаго юриста нашего столѣтія Фр. К. ф.-Савиньи.

Именно на этомъ живомъ явленіи Савиньи демонстрируетъ намъ *процессъ здороваго развитія права*.

Западный міръ въ ту пору, которую мы разсматривали выше, переживалъ въ существѣ, тотъ-же *критическій моментъ*, тотъ-же переходъ отъ особаго къ общему, отъ племенного, территоріальнаго, сословнаго, національнаго правовоззрѣнія къ универсальному.

Выходъ изъ этой массы текстовъ, изъ этого нагроможденія фоліантовъ римскаго права и груды разномѣстныхъ статутовъ былъ никакъ не менѣе необходимъ, чѣмъ въ Римѣ въ соотвѣтствующую эпоху. Какой-же это выходъ?

Вы знаете, что прежде всего новая западная (итальянская) юриспруденція стала обращаться за отвѣтомъ на свои загадки къ латинскому оракулу и оттуда вычитывала небылицы о римскихъ цезаряхъ, ожившихъ въ лицѣ нѣмецкихъ императоровъ, о caput mundi въ Римѣ, гдѣ въ эту пору на старомъ форумѣ расположены были городскіе выгоны,... о единомъ правѣ для всего міра вѣрующихъ.

Франція раньше другихъ очнулась отъ этихъ миражей безсильной мысли.

Это была эпоха возрожденія классической юриспруденціи. Это ихъ, французская, историческая школа XVI вѣка. Въ ней именно, *въ исторіи права*, указываетъ намъ Ch. Giraud, le souffle vital qui anime le droit. Безъ философіи и исторіи юриспруденція не пойдетъ дальше холоднаго анализа текстовъ, необходимаго, правда, но недостаточнаго, pour constituer la science qui inspira les jurisconsultes romains et la mémorable école du seizième siècle.

Ученый міръ обратился отъ обязательнаго примѣненія юстиніановскихъ текстовъ къ изученію классиковъ, независимо отъ обязательности ихъ рѣшеній для суда, какъ къ источнику raison écrite (ratio scripta). Французская юриспруденція поставила себѣ задачей освоить себѣ элементы римскаго права non ratione imperii, sed imperio rationis. Такъ понятая юристами задача даетъ, въ смыслѣ содержанія ихъ права, дѣйствительное приведеніе *въ нѣкоторую гармонію началъ національныхъ и универсальныхъ* и настоящее торжество мысли юриста надъ этимъ матеріаломъ.

Многія положенія римскаго права, носившія чисто позитивный характеръ, могли быть устранены позитивнымъ авторитетомъ королевской власти; другія, силой того-же авторитета, замѣнили ихъ въ практикѣ. Французское право ранѣе стало приходить *къ внутреннему единенію и общности своего состава*, чѣмъ право нѣмецкое, какъ увидимъ позже, *безъ содѣйствія кодификаторовъ*. Въ исторіи французскаго права долгое время нѣтъ грубыхъ переходовъ, рѣзкаго вмѣшательства позитивнаго авторитета въ сферу юридическихъ отношеній.

Одновременно съ этимъ процессомъ развитія права, происходило другое движеніе мысли, обнимавшее не одни явленія юридическаго порядка, опредѣлившее собою новое міровоззрѣніе для всей области явленій нравственнаго міра. Свободное отъ схоластическихъ завѣтовъ изслѣдованіе явленій нравственнаго міра открывало новыя основы для всѣхъ областей права, международнаго, государственнаго, уголовнаго и частнаго. Задача поставлена была совершенно отрѣшенно отъ какой-либо положительной системы права. Надо было найти вѣчныя и *неизмѣнныя основы права въ самой природѣ человѣка*, и отсюда, на постоянныхъ ея реквизитахъ, раціоналистически построить начала права естественнаго,

Созданная подъ вліяніемъ этихъ ученій „декларація правъ человѣка„ способна была въ дальнѣйшемъ своемъ развитіи дать для Франціи новую основу всей *системѣ институтовъ гражданскаго права*, совершенно *обособленныхъ отъ права публичнаго, въ силу этого общихъ* для всей страны.

Техника современныхъ источниковъ права во Франціи не знала такихъ чуткихъ *къ измѣняющемуся правосознанію* органовъ, какимъ былъ эдиктъ претора въ Римѣ, отражающій изъ году въ годъ медленнымъ и нечувствительнымъ образомъ происходившія въ жизни измѣненія правовоззрѣній. Между возбужденными литературной пропагандой ожиданіями и дѣйствительностью образовывался такимъ образомъ цѣлый разрывъ. Сближеніе не могло произойти безъ глубокаго потрясенія. Извѣстно, какимъ

образомъ сметены были однимъ напоромъ національнаго возбужденія остатки феодальнаго строя, стоявшіе на пути къ достиженію одинаковаго для всѣхъ и общаго цѣлому государству гражданскаго права.

Съ этихъ поръ сталъ неотложно на очередь *вопросъ о кодификаціи всего гражданскаго права, какъ системы права общаго* для цѣлаго государства. Конституція 1791 года опредѣляетъ именно „il sera fait un code de lois civiles communes à tout le Royaume".

Французскіе историки группируютъ часто весь свой историческій матеріалъ въ два періода: droit ancien, droit nouveau, раздѣляя ихъ не однимъ моментомъ, появленіемъ Code civil, а цѣлой переходной эпохой такъ называемаго droit intermédiaire отъ 89 до 804 года. Въ эти немногіе годы *отдѣльными актами* мѣняющихся органовъ государственной власти произведены глубокія измѣненія въ основахъ стараго юридическаго быта.

Они упрочиваютъ единство государства, обособляютъ власть духовную отъ свѣтской, уничтожаютъ остатки феодальнаго режима, вводятъ начало равенства гражданъ передъ лицомъ закона.

Ни одно изъ семи собраній, упражнявшихъ законодательную компетенцію въ эту эпоху, не пришло къ цѣли созданія единаго кодекса. Задача была выполнена подъ ауспиціями консулата. Въ августѣ 800 г. консулатъ назначилъ коммиссію изъ 4-хъ членовъ для начертанія проекта Code civil. Эти четыре члена были: Tronchet, президентъ кассаціоннаго трибунала, горячій приверженецъ кутюмнаго права, Portalis—знатокъ права римскаго, Bigot de Préameneu, Maleville, всѣ вмѣстѣ юристы-практики. Скорость выполненія порученія была поразительная. *Черезъ четыре мѣсяца проектъ былъ готовъ*!

Упрекъ, который дѣлали проекту, заключается въ томъ, что онъ представляетъ собою сочетаніе старыхъ элементовъ французскаго цивильнаго права, кутюмнаго и римскаго, согласованныхъ въ духѣ революціоннаго droit intermédiaire. Лоранъ думаетъ, что этотъ упрекъ въ недостаткѣ оригинальности у авторовъ проекта есть скорѣе хвала имъ. Право народа никогда не есть система произвольно созданныхъ мыслью юриста положеній. Это дѣло исторіи народа, а не личнаго измышленія, не разсчета, не логической концепціи, какую въ силахъ создать мыслитель.

Судьба проекта въ законодательныхъ инстанціяхъ представляетъ интересъ для законодательной практики, а не для его состава.

Не безъ энергическаго вмѣшательства перваго консула (Бонапарта) проектъ былъ принятъ въ видѣ 36 титуловъ, составившихъ, каждый, отдѣльный законъ и соединенныхъ затѣмъ въ одно цѣлое подъ именемъ Code civil закономъ 21 марта 1804 г. Этимъ-то закономъ опредѣлено: „à compter du jour où ces lois sont exécutoires les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales et locales, les statuts, les réglements, cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le Code." (Со дня, коимъ опредѣляется обязательность примѣненія этихъ законовъ, законы римскіе, ордонансы, общіе и мѣстные кутюмы, статуты, регламенты, теряютъ силу законовъ общихъ или особенныхъ по тѣмъ предметамъ, кои вошли въ законы, составляющіе кодексъ).

Такимъ образомъ, Франція вышла изъ предшествующаго кодификаціи состоянія двойственности права въ эпоху *новаго права* не путемъ одной свободной творческой дѣятельности юриспруденціи, какъ Римъ, а съ содѣйствіемъ позитивнаго авторитета законодателя, который расширялся все дальше и дальше въ предшествующей исторіи права и достигъ въ результатѣ доминирующаго значенія надъ всѣми другими источниками права. Одновременно съ этимъ задача состояла у французовъ въ томъ, чтобы сгладить существовавшую до того неравноправность, достигнуть той exaequatio legum, которая и въ Римѣ, въ гораздо болѣе раннюю эпоху (XII табл.), тоже не могла быть достигнута безъ содѣйствія законодательной власти, ибо въ стремленіи къ этой цѣли лежитъ начало не юридическое только, а въ то же время и политическое, интересъ государства.

Французская кодификація послужила такимъ образомъ выраженіемъ историческаго стремленія націи къ единству и цѣльности, къ сосредоточенію всѣхъ политическихъ функцій въ новообразованныхъ учрежденіяхъ, въ возможно полному обособленію права частнаго и публичнаго, къ торжеству нормъ общихъ надъ партикуляризмами, къ уравненію всѣхъ французовъ въ ихъ гражданской правоспособности. Эти результаты достигнуты были далеко не внезапно, но они, такъ сказать, консумировались въ одномъ формальномъ моментѣ кодификаціи, какъ долгій до того споръ и тяжкая распря формально завершается и консумируется въ процессуальномъ моментѣ litis contestatio. Это была своего рода novatio necessaria. Droit ancien все цѣликомъ, при посредствѣ короткаго période intermédiaire, поглощено было въ этомъ кодифицированномъ droit nouveau.

Не подлежитъ сомнѣнію, что только это свойство французскаго кодекса, *органическій характеръ его возникновенія изъ исторической жизни великой современной націи*, могло открыть ему такую широкую сферу рецепціи, какой не имѣлъ ни одинъ современный кодексъ. Только этотъ кодексъ, изъ всѣхъ работъ подобнаго рода въ новое время, можетъ быть сопоставленъ, въ этомъ смыслѣ свободнаго его освоенія, съ источниками римскаго права. Принятый во многихъ территоріяхъ Германіи, выше другихъ стоящихъ въ культурѣ права, онъ не могъ быть до сихъ поръ вытѣсненъ оттуда никакими усиліями нѣмецкой патріотической агитаціи, тѣмъ менѣе дѣйствіемъ механическихъ силъ.

Если таково значеніе этой кодификаціонной работы для новаго времени, то приведенный выше законъ, отмѣняющій всякое, даже субсидіарное, значеніе старыхъ источниковъ, кутюмовъ, римскаго права и проч. отвѣчаетъ исключительно политической цѣли удержанія въ дальнѣйшемъ праворазвитіи характера единства, достигнутаго тяжелой борьбой, и въ то же время вноситъ нѣкоторую скудость въ дальнѣйшій процессъ развитія гражданскихъ институтовъ. Французскій законъ поставилъ высоко задачи новой юриспруденціи классическимъ art. 4 Code'a [1]). Но крайне строго проводимое (тутъ же, art. 5) разграниченіе власти судебной и законодательной и созданіе единаго органа, Cour de cassation (учрежденъ закономъ 1 дек. 1790 г.; французы называютъ его Cour régulatrice), который имѣетъ блюсти единообразіе въ примѣненіи закона, обезпечивая, правда, это единообразіе, дѣйствуетъ все же неблагопріятно на свободную разработку вопросовъ права юристами и даетъ всей профессіи юриста ремесленный характеръ, возбуждающій сѣтованія видныхъ людей самой Франціи [2]).

Несомнѣнно излишнимъ было разобщеніе, почти совершенное французской цивильной юриспруденціи и юридической школы съ источниками, изъ коихъ образовался Code, въ особенности съ

---

[1]) Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice (см. 10 ст. Уст. гр. суд. 20 ноября 1864 г.). Наказаніе опредѣлено въ art. 185 Cod. pén., a art. 506 и слѣд. Cod. de proc. указываютъ способъ преслѣдованія судьи за отказъ въ правосудіи. Тоже въ Code Napol. en vers, читается такъ:

Pourront être accusés de déni de justice,
Les juges refusant de remplir leur office,
Sous le prétexte vain ou que la loi se tait,
Ou n'a qu'un sens obscur, ou qu'un texte incomplet.

[2]) Ср. Lerminier, Introduction à l'histoire du droit.

правомъ римскимъ. Изученіе послѣдняго въ эпоху кодификаціи стояло далеко не такъ высоко, чтобы французамъ не оставалось ничему научиться у классиковъ. Французская школа и литература оставались долгое время совершенно въ сторонѣ отъ того движенія мысли, которое происходило въ Германіи въ первой половинѣ этого столѣтія и которое такъ обогатило нѣмецкую юриспруденцію въ области историческихъ изысканій по римскому и германскому праву. Едва ли правильно думать, что поддержанный къ этимъ штудіямъ интересъ, особенно интересъ къ дальнѣйшему изученію права римскаго, могъ угрожать достигнутой путемъ законодательства унификаціи гражданскаго права. Въ послѣднее время, въ виду ближайшаго ознакомленія французовъ съ современнымъ состояніемъ юридической школы въ Германіи, въ учебныхъ планахъ французскихъ факультетовъ замѣтно усиленіе, сравнительно съ прежнимъ, занятій исторіей, кутюмнымъ правомъ и правомъ римскимъ.

Мы перейдемъ къ обозрѣнію въ главнѣйшихъ чертахъ кодификаціонной дѣятельности въ Германіи.

Тотъ процессъ кодификаціи, который привелъ Германію къ современному состоянію ея гражданскаго права, начался въ ту пору, когда замѣтно падаетъ авторитетъ центральной законодательной власти и начинается развитіе довольно сильныхъ мѣстныхъ территоріальныхъ центровъ,—условія совершенно противоположныя тѣмъ, въ коихъ, въ ту же пору, въ XVI и XVII вв., Франція шла медленнымъ, но вѣрнымъ путемъ къ объединенію своего права. Все, что въ это время создаетъ нѣмецкая имперія, — это законодательство уголовное, полицейское и въ очень ничтожныхъ размѣрахъ повліявшіе на право гражданское отдѣльные законодательные акты, каковъ Notoriatsordnung 1512 г. и нѣкоторые другіе.

Первоначально, въ особенности въ XVI в., отдѣльные *города съ ихъ территоріями* начинаютъ искать согласованія своихъ статутовъ съ реципированнымъ римскимъ правомъ. Въ этихъ сочетаніяхъ элементы своего и чужого права распредѣлены крайне неравномѣрно. Наиболѣе сильное воздѣйствіе римскаго права на мѣстное право и процессъ видно въ такъ называемой Nürenberger Reformation, которая, въ свою очередь, повліяла на обработку многихъ позднѣйшихъ системъ. Наименѣе элементовъ римскихъ замѣчается въ любекскомъ городскомъ правѣ или въ *любекскихъ статутахъ* 2-й половины XVI вѣка. Вліяніе любекскаго городского права распространилось въ особенности на сѣ-

вѣрѣ и удержалось во многихъ важныхъ пунктахъ цивильной системы прусскаго ландрехта [1]).

Оба эти кодекса, также какъ и другіе подобные (городское право гамбургское, пражское и проч.), не разрывали связи съ общимъ правомъ и не имѣли цѣлью обособить совершенно территорію ихъ примѣненія.

Съ XVI же вѣка начинаются кодификаціи съ инымъ характеромъ. Это такъ назыв. *земскія права* (Landrechte). Сначала ихъ назначеніе тоже только собираніе статутовъ и сочетаніе съ общимъ правомъ. По количеству, ихъ цѣлая масса. Stobbe приводитъ до 22-хъ такихъ ландрехтовъ (Handbuch, т. I). По племеннымъ различіямъ нормъ, лежащихъ въ ихъ основѣ, ихъ распредѣляютъ на 4 группы: *саксонскую* (сюда, кромѣ саксонскихъ земель, относятся отдѣльныя части Пруссіи, Любекъ, Гамбургъ и друг.), *франкскую* (особенно прирейнскіе города и области, тоже Нюрнбергъ), *швабскую* (сильное вліяніе римскаго права, здѣсь Вюртембергъ) *и баварскую* (гдѣ римское вліяніе наиболѣе сильно). Такимъ образомъ, въ этомъ племенномъ распредѣленіи земскихъ правъ, при великомъ обиліи внутри отдѣльныхъ территорій всякихъ партикуляризмовъ, оказалось то же преобладаніе элементовъ римскихъ въ особенности на югѣ, а элементовъ національныхъ въ особенности на сѣверѣ, какое мы наблюдали выше во Франціи.

Но не это характерно для дальнѣйшей судьбы нѣмецкаго гражданскаго права и для современнаго состоянія его въ Германіи. Характерно здѣсь то, что тотъ самый позитивный авторитетъ, который во Франціи ведетъ страну медленнымъ и постояннымъ путемъ къ объединенію *всей націи* подъ сѣнію одного закона, служитъ здѣсь долгое время прямо противоположнымъ цѣлямъ, хотя при помощи той же кодификаціонной дѣятельности.

Въ этомъ отношеніи судьба разныхъ территорій нѣмецкой имперіи совершенно различна.

На югѣ, *въ Баваріи* [2]), реформаціи земскаго права начались съ XVI вѣка. Сперва это — попытка сочетанія статутовъ съ общимъ источникомъ цивильныхъ системъ на западѣ, съ римскимъ правомъ, безъ отмѣны общаго примѣненія послѣдняго въ судахъ,

---

[1]) Подробности см. у Stobbe, Geschichte der Deutschen Rechtsquellen; т. II. Остзейскій сводъ, ч. III, дѣлаетъ обширныя выборки изъ любекскаго права, особенно для институт. брака, опеки, давности, права наслѣдованія, поземельн. владѣнія, договорнаго, залоговаго права. Также, коротко, статью Behrend'a о кодификаціяхъ въ энциклопедіи Гольцендорфа.

[2]) Подробности у Roth'a, Bayerisch. Civilrecht; также (коротко) въ его System d. deutsch. Pr. — rechts. 1 Theil. Теперь еще въ указан. выше статьѣ Schwarz'a.

наоборотъ, съ подтвержденіемъ его силы для мѣстныхъ судовъ. Сначала эти попытки не обнимаютъ всѣхъ сторонъ системы. Въ половинѣ XVIII вѣка Баварія, ранѣе другихъ нѣмецкихъ областей, совершаетъ полную кодификацію своего земскаго права (уголовн., гражд. право и процессъ). Право гражданское промульгировано въ этомъ видѣ въ 1756 г. подъ именемъ Codex Maximilianeus Bavaricus civilis. Въ публикаціонномъ патентѣ законодатель объявляетъ, что въ кодексъ не введено никакихъ значительныхъ обновленій, а обработано лишь старое общее и статутарное право, приведенное въ удобный для примѣненія его судами и каждымъ въ собственныхъ дѣлахъ видъ. По существу это больше компендіумъ цивильной системы съ тѣмъ же дѣленіемъ матеріи по tria objecta juris (лица, вещи, дѣйствія), какое вы находите въ оффиціальномъ учебникѣ (институціяхъ) Юстиніана. Составитель (Кретмайръ) присоединяетъ цѣлыхъ 5 томовъ примѣчаній, чтобъ устранить необходимость обращаться къ подлиннымъ источникамъ. Это своего рода пандекты, которые служатъ дальнѣйшимъ развитіемъ ученій, принятыхъ въ кодексѣ. При всемъ томъ баварская кодификація не отмѣняетъ формально и прежнихъ источниковъ. По содержанію самый кодексъ есть, по замѣчанію Рота, настоящій образецъ того, что въ ту пору въ юридической литературѣ и на каѳедрахъ называли usus modernus juris romani.

Это довольно слабая попытка отторженія отдѣльной территоріи отъ общей жизни націи въ процессѣ развитія ея права.

Съ совершенно другимъ характеромъ, гораздо болѣе притязательнымъ и затѣйнымъ, производятся около того же времени попытки кодифицировать право въ другой части слабой имперіи, въ *Пруссіи*. Здѣсь замышляютъ кодексъ не для простого содѣйствія лучшему отправленію юстиціи, какъ въ Баваріи, а для осуществленія плановъ гораздо болѣе радикальнаго свойства.

Историческіе элементы права въ прусской провинціи были въ ту пору тѣ же, что и въ другихъ нѣмецкихъ областяхъ. По происхожденію своему, это были начала реципированнаго римскаго и мѣстнаго обычнаго и статутарнаго права. Задача примиренія ихъ въ наукѣ опредѣлилась въ эту пору исканіемъ основъ той и другой системы въ такъ называемомъ правѣ естественномъ. Нигдѣ и никто не поспѣшилъ воспользоваться этимъ исканіемъ началъ естественнаго права до такой степени своекорыстно и смѣло, какъ прусскіе высшіе чиновники. По мысли одного изъ нихъ (Кокцеи), задача кодификаціи должна состоять въ томъ, чтобъ основать все мѣстное teutsches Landrecht, един-

ственно на *естественномъ* разумѣ и земскомъ политическомъ устройствѣ съ устраненіемъ всѣхъ другихъ источниковъ права [1]). Что же такое естественное право въ этой концепціи? Надлежитъ замѣтить, что въ ту пору Пруссія, какъ вся Европа, признавала еще такія тяжкія формы личной зависимости людей, которыя по суровости мало чѣмъ уступали настоящему рабству, и что само римское право, допускавшее рабство, не хотѣло видѣть въ немъ института права *естественнаго*, а лишь общенароднаго [2]). Какой же смыслъ *натурализма* въ правѣ у прусскихъ кодификаторовъ?

Онъ совершенно простой. Составители кодекса имѣютъ извлечь изъ римскаго права, изъ земскихъ законовъ и другихъ источниковъ то, *что они находятъ согласнымъ съ началами естественнаго права*, затѣмъ пресѣчь всякую связь этихъ кодифицированныхъ нормъ съ ихъ источникомъ, сдѣлать ихъ обязательными для примѣненія въ качествѣ нормъ легальныхъ и симъ устранить на будущее время возможность какого бы то ни было разногласія между юристами по вопросамъ разъ навсегда рѣшеннымъ въ законѣ.

Сочиненный названнымъ выше прусскимъ чиновникомъ проектъ для Corpus juris Fridericiani составляетъ именно такое кодифицированное jus naturae privatum [3]). Это сочиненіе должно было стать вѣчнымъ и постояннымъ (ewiges und beständiges) ландрехтомъ для Пруссіи. Все право въ этомъ видѣ будетъ исключительно собраніемъ позитивныхъ нормъ. Чего нѣтъ въ кодексѣ, того не должно быть и въ жизни. Всякое иное право, неосвященное этимъ авторитетомъ, составляетъ сущій вздоръ, вымыселъ праздныхъ людей, durch die Freiheit einiger privatdoctorum aufgebrachtes imaginaires Recht.

Если бы, по этимъ соображеніямъ, составить восходящую къ совершенству скалу для исторіи права, то на самыхъ низкихъ ступеняхъ этой лѣстницы оказалась бы эпоха классической юриспруденціи, съ ея Лабеонами, Сабинами, Цельсами, когда эта Freiheit einiger privatdoctorum рѣшала все дѣло, а на высшихъ ступеняхъ приближенія къ совершенству помѣстились бы Кокцеи,

---

[1]) Въ планѣ улучшенія юстиціи, поданномъ королю въ 1746 г., Кокцеи пишетъ: „Hauptsächlich musz das Römische Lateinische Recht abgeschafft, und auf den Preuszischen Fusz ein Teutsches Landrecht verfertigt werden", и такое на прусскую ногу поставленное право должно быть изготовлено въ одинъ годъ!

[2]) Servitus autem est constitutio juris gentium, qua quis dominio alieno *contra naturam* subjicitur (§ 2. J. de jure pers 1, 3).

[3]) Унгеръ совѣтуетъ лучше называть это „естественное право" jus civile naturalisatum.

Крамеры, Шварцы и прочее. Мы сейчасъ убѣдимся, что въ этихъ планахъ нѣтъ вовсе признаковъ преходящаго и въ извѣстной степени забавнаго высокомѣрія названныхъ авторитетовъ, а что эти мысли переживутъ надолго ихъ творцовъ и найдутъ очень серьезныхъ послѣдователей въ наше время [1]).

Планы Кокцеи не были приведены къ предположенной цѣли. Работа кодификаціи возобновилась лишь при преемникѣ Фридриха II. Исполнителемъ предначертаній явился одинъ изъ самыхъ настойчивыхъ и трудолюбивыхъ прусскихъ чиновниковъ, Суарецъ (Шварцъ), которому и принадлежитъ честь выработки окончательнаго проекта, принятаго послѣ нѣсколькихъ ревизій законодательными инстанціями и публикованнаго кабинетнымъ приказомъ 5-го февраля 1794 года, подъ титуломъ „Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten“ для обязательнаго примѣненія во всей тогдашней прусской территоріи съ 1-го іюня того же года.

Очень долгое время сужденія нѣмецкихъ юристовъ о свойствѣ этого кодекса были совершенно единодушными. Его разсматривали въ цѣломъ его составѣ, какъ самое яркое выраженіе *преувеличеннаго взгляда на всемогущество законодателя*, которымъ вообще характеризуется ученіе о правѣ въ XVIII вѣкѣ. Право существующее на степени субъективнаго сознанія должнаго, право обычное, практика судовъ, юриспруденція—не связываютъ ничѣмъ отправленія юстиціи. Обязателенъ только законъ. Одинъ законодатель имѣетъ дѣйствительную силу обязывать судъ и гражданъ къ исполненію императивовъ права. У него одного *монополія принужденія*. Для Пруссіи, въ особенности, все, что можетъ быть неяснымъ судьѣ въ вопросахъ при-

---

[1]) Преувеличенная оцѣнка достоинствъ мѣстныхъ юрисконсультовъ (прусскихъ) стала очень замѣтною въ нѣмецкой литературѣ вскорѣ послѣ военныхъ успѣховъ Пруссіи. Но трудно было ожидать, чтобы у людей до такой степени видныхъ, какъ Ihering, эта черта выразилась съ особенной яркостью. Извѣстно, что Савиньи очень невысоко ставилъ всѣ три кодификаціонныя работы, предшествовавшія появленію его Beruf'а (см. выше). Ihering, не упускавшій никогда случая отмѣтить ту или другую ошибку въ трудахъ „перваго юриста нашего вѣка“, въ одной изъ своихъ послѣднихъ работъ (Der Besitzwille Iena, 1889 г. стр. XII) указываетъ черты совершенно непрактическаго, вреднаго доктринерства у Юлія Павла и поднимаетъ оружіе (Waffen zur Hand) противъ Юлія Павла и особенно противъ Савиньи не съ тѣмъ только, чтобъ ему возражать, но, чтобы den Gegner zu Boden werfen... Кто-же, однако, имѣетъ остаться на недосягаемой высотѣ въ виду этихъ поверженныхъ въ прахъ славныхъ противниковъ? Отвѣтъ читатель найдетъ на 505-й стр. назван. сочиненія. *Der geniale Schöpfer* desselben (*геніальный творецъ Прусскаго Ландрехта*, Шварцъ) hat auch in diesem Punkt (рѣчь идетъ о владѣльческой защитѣ простого держателя, detentor'a вещи, по прусскому Ландрехту, вопреки классическому праву) seinen richtigen praktischen Blick... in glänzendster Weise bewährt.

мѣненія закона, подлежитъ разъясненію засѣдающей для этой цѣли особой законодательной коммиссіи въ Берлинѣ. *Источникъ права одинъ*, и всѣ органы правосудія суть только послушныя орудія его велѣній. Для области гражданскаго права, совершенно такъ же, какъ и для области уголовнаго правосудія, для вопросовъ управленія — нѣтъ иного авторитета, кромѣ заранѣе предуставленнаго авторитета центральной власти. Все управленіе и вся юстиція организованы *чисто механическимъ образомъ* и не дѣйствуютъ иначе, какъ по импульсу сверху. Натурально для того, чтобъ цѣль была достигнута, законъ имѣетъ заранѣе предусмотрѣть все, всякій вопросъ, который способна поставить судебной практикѣ жизнь, чтобы какъ можно менѣе осталось на усмотрѣніе суда, а въ отношеніяхъ цивильныхъ—на усмотрѣніе заинтересованныхъ. Свобода лицъ, а тѣмъ болѣе свобода суда угрожаетъ опасностью цѣлому, и цѣль закона не есть только принужденіе, а настоящая *борьба предусмотрительности и дальнозоркости съ близорукой глупостью*. Цѣль эта преслѣдуется въ ландрехтѣ съ величайшей энергіей. Чтобъ надлежащимъ образомъ наставить недальновидныхъ, не достаточно выразить одни принципы. Принципы и общія положенія допускаютъ недоразумѣнія и лжетолкованія. Нужны детальныя предписанія. Но и этого мало! Никакихъ деталей недостаточно для того, чтобъ дѣйствительно захватить въ руки все движеніе юридическаго обмѣна, предусмотрѣть возможныя сочетанія интересовъ лицъ въ гражданскомъ оборотѣ. Поэтому надо наложить извѣстную узду на этотъ свободный обмѣнъ, связать его необходимыми для юридическихъ послѣдствій частной воли данными закономъ формами; иначе невозможно достиженіе цѣли, не будетъ настоящаго ухода, предусмотрительность, опека не дастъ требуемыхъ результатовъ. Оттуда другая черта прусскаго ландрехта—стѣснительныя формы, которыхъ требованіе не условлено часто ничѣмъ, кромѣ желанія все контролировать, всему вести счетъ, мѣру и вѣсъ.

Эти черты составляютъ именно особое свойство прусскаго кодекса, *прусскаго, а не нѣмецкаго воззрѣнія на право*. Это отличительныя его черты, по коимъ тотчасъ легко узнать, съ какимъ кодексомъ мы имѣемъ дѣло. Нѣмецкихъ кодексовъ много, но ни въ одномъ нѣтъ этого настойчиваго и разсчитаннаго стремленія оторваться отъ историческихъ основъ въ правѣ, войти въ величайшія мелочи хозяйственнаго, семейнаго быта, сдѣлать ненужнымъ обращеніе суда и общества къ какимъ-либо инымъ основамъ цивильнаго быта, кромѣ *данной статьи кодекса*, за-

мѣнить все самобытное и историческое въ правѣ, все естественное въ немъ, въ этомъ смыслѣ, регламентаціей и присвоить этой регламентаціи силу естественнаго, непремѣннаго и вѣчнаго закона. Такимъ образомъ источникъ всякаго права для Пруссіи долженъ лежать не въ самомъ человѣкѣ, не въ историческихъ формахъ общежитія, не въ семьѣ, общинѣ, сословіи, церкви и проч., а единственно и исключительно въ писанномъ и кодифицированномъ законѣ. Любопытно, что другіе кодексы, дающіе болѣе широкія основы праву, не именуютъ себя источниками *права*, а носятъ титулъ сборниковъ, или книгъ *законныхъ*. Прусскій кодификаторъ и тутъ послѣдователенъ. Въ его кодексѣ *все право*. Всѣ консеквенціи даются сами собой. Нерѣдко указываютъ на абсолютизмъ французскаго закона. Но что-жъ это въ сравненіи съ абсолютизмомъ прусской статьи? У французовъ нѣтъ и признаковъ этого ревниваго огражденія законодательной функціи отъ всякаго прикосновенія суда къ этой области нормативнаго творчества. Французскій судья не смѣетъ отказать въ правосудіи подъ предлогомъ отсутствія, неполноты законовъ. Это классическій art. IV Code Nap., ganz im antiken Geist abgefasst, какъ судятъ нѣкоторые нѣмецкіе юристы. Опасность неодинаковости примѣненія закона устраняется дѣятельностью кассаціи. Прусскій законъ не допускаетъ ничего подобнаго, боясь пуще всѣхъ пороковъ юстиціи самодѣятельности ея органовъ и ревниво отсылая судью во всѣхъ трудныхъ для него случаяхъ на предварительное совѣщаніе *въ берлинскую коммиссію законовъ* [1]).

Прусскою же, особенно не римскою и не нѣмецкою, слѣдуетъ назвать *систему ландрехта*. Она основана не на изложеніи цѣльномъ и законченномъ отдѣльныхъ цивильныхъ институтовъ: семья, собственность, обязательство, наслѣдство. Ландрехтъ, во-1-хъ, обнимаетъ не одну цивильную систему, а все право гражданское и уголовное, институты цивильные и полицейскіе, не только права лицъ, но и права союзовъ. Все это расположено по двумъ книгамъ. Основа дѣленія такая: книга 1-я, права лицъ отдѣльно взятыхъ, книга 2-я, права лицъ въ составѣ союзовъ. Это такъ называемая *система субъективныхъ правъ*. Практики находятъ ее удобной для справокъ. Но за то нѣтъ цѣльнаго института, который этой системой не былъ бы или спутанъ, или

---

[1]) Французы знаютъ подобный законъ лишь въ разгарѣ революціи. Это знаменитый законъ 21 авг. 90-го года: судьи обязаны обращаться къ законодательному собранію toutes les fois qu'ils croiraient nécessaire d'interpréter une loi.

разорванъ на части. Институты правъ вещныхъ смѣшаны съ договорными (объ этомъ позже подробнѣе), положеніе о наслѣдованіи есть и въ 1-й и во 2-й части; точно такъ же разорвана и система обязательствъ. Отъ этой системы отказываются нынѣ лучшіе прусскіе юрисконсульты (Dernburg), видя въ ней преобладаніе матеріализма, экономическаго момента въ строеніи институтовъ юридическихъ совершенно въ духѣ сенсуалистскихъ ученій прошлаго вѣка.

Натурально, кромѣ этого прусскаго пошиба, выразившагося и въ ученіи объ источникѣ права, и въ регламентаціи примѣненія закона, и въ самой системѣ, Landrecht заключаетъ въ себѣ такъ сказать цѣлый hortus siccus институтовъ римскихъ и общегерманскихъ. Ничего своего *въ этомъ смыслѣ* прусскія канцеляріи сложить не могли. Все это продукты исторіи, жизни человѣческихъ обществъ, ничего общаго съ прусскимъ государствомъ не имѣющіе и узурпируемые ревнивымъ кодификаторомъ въ составъ этой системы естественнаго права изъ любекскихъ городскихъ статутовъ, изъ такъ называемаго usus modernus juris romani и проч., но съ полнымъ разрывомъ естественной связи самого Code'a съ этими первоисточниками. Натурально, и внутри этихъ нормъ чувствуется повсюду признакъ узурпаціи и насилія. Мы будемъ имѣть случай убѣдиться въ этомъ на судьбѣ очень различныхъ институтовъ цивильной системы. Возьмемъ примѣръ изъ области семейнаго права. Французскій Code, получившій свою санкцію послѣ грозной période intermédiaire, не разрушаетъ такъ всѣхъ признаковъ самобытнаго характера союза семейнаго вторженіемъ въ жизнь семьи, какъ въ конскій заводъ, регламентаціи закона, дѣятельности суда, экспертовъ и проч., какъ это мы видимъ въ ландрехтѣ. „Мать, если здорова, обязывается кормить дитя грудью“. До какой поры, предписываетъ отецъ; если спорятъ — судъ, эксперты. Любопытенъ разводъ. Французскій Code далъ двѣ категоріи основаній развода. Первая категорія divorce pour cause déterminée и другая divorce par consentement mutuel (гдѣ cause, само собою разумѣется, есть, но ея не выводятъ стороны на судъ). Противъ легкомысленнаго обращенія къ послѣднему способу Code принимаетъ мѣры очень серьезнаго характера, но за симъ оставляетъ въ самой семьѣ, между мужемъ и женой, вопросъ о матеріальныхъ мотивахъ ихъ рѣшимости разойтись. Ландрехтъ не хочетъ знать никакихъ семейныхъ тайнъ. Параграфы закона вторгаются въ нѣдра семейнаго союза до супружескаго ложа включительно. Разводъ по опредѣленію суда можетъ имѣть мѣсто: сперва рядъ причинъ

общихъ для всѣхъ законодательствъ (causes déterminées), но засимъ—продолжительный отказъ въ сожитіи, болѣзнь, мѣшающая выполненію этого Amt'a, способъ совершенія, несоотвѣтствующій цѣли дѣторожденія (который bei oder nach der Beiwohnung, die Erreichung des *gesetzmässigen* Zwecks derselben vorsätzlich hindert), неизлѣчимыя болѣзни, внушающія отвращеніе, и лишь сверхъ всего этого—по взаимному согласію, но тоже pour cause déterminée, просто неодолимое отвращеніе (во всемъ этомъ есть элементъ исповѣдный, о чемъ точнѣе позже). Личныя отношенія супруговъ опредѣлены §§-ми закона такъ: не дозволено отказывать продолжительно въ сожительствѣ, развѣ бы это вредило здоровью или мать кормила дитя грудью (ср. кн. II, тит. I, §§ 178—180, 668 и слѣд.). Итакъ, нѣтъ внутри семьи ничего, что имѣло бы другой источникъ, кромѣ §§ предусмотрительнаго закона. Даже тѣ функціи, которыя природа преподала животнымъ и людямъ, quod natura omnia animalia docuit, каковы maris et feminae conjunctio, liberorum procreatio atque educatio, и которыя у Ульпіана составляютъ jus naturale, въ прусскомъ ландрехтѣ получаютъ иной смыслъ, смыслъ нормы, преподанной ландрехтомъ. Если союзъ супружескій привелъ въ вожделѣнной цѣли, то это не въ силу какихъ-либо законовъ, внѣ ландрехта существующихъ, а единственно благодаря предусмотрительности мудраго законодателя (Erreichung des *gesetzmässigen* Zwecks), пекущагося о близорукихъ. Если мать выкормила дитя, то оно не ей, не ея доброй волѣ, любви, чувству материнскаго долга признательно, а прямо параграфу ландрехта, безъ котораго все могло выйти совершенно иначе. Прусское законодательство не остановилось и на этихъ ближайшихъ консеквенціяхъ взгляда на человѣка, какъ на прусскій государственный Zweckapparat, какъ на природнаго Amtmann'a прусскаго ландрехта—оно пошло дальше. Жена уклонившагося отъ службы солдата (eines entwichenen Soldaten) можетъ тотчасъ, не выжидая никакихъ сроковъ, требовать развода съ мужемъ. Государство мстительнымъ образомъ спѣшитъ помочь ей въ ту же минуту забыть всѣ другіе §§ ландрехта, всякое религіозное, нравственное, природное чувство, чтобы тѣмъ надежнѣе гарантировать себѣ лишній штыкъ въ арміи [1]).

Австрійская кодификація замѣшкалась. Мысль кодифицировать родилась давно. Но къ цѣли пришла прежде не только Пруссія,

[1]) Послѣднее положеніе находится въ Anh. къ § 690 ландрехта, § 70. Прусскіе юристы думаютъ, что Anh. этотъ есть offenbar veraltet и приводятъ къ его устраненію нынѣ еще имперск. зак. 6 февр. 1875 г.

но даже Баварія. Намъ не любопытно, почему это произошло. Возможно, что въ Австріи заняты были не столько тѣмъ что будутъ кодифицировать, сколько вопросомъ, кто попадетъ въ существовавшую долгіе годы Kompilations-Commission. Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für das Kâiserthum Oesterreich явилась лишь въ 1811 году въ окончательной редакціи и восприяла силу закона съ 1 іюня того же года. Въ этомъ кодексѣ *только гражданскаго права* неизмѣримо меньше „политики", чѣмъ въ прусскомъ ландрехтѣ, насколько это, натурально, зависѣло отъ тогдашняго состоянія юридическихъ отношеній, носившихъ въ Австріи далеко не чисто цивильный характеръ (зависимость крестьянства, политическое положеніе церкви и проч. оставались здѣсь въ полной силѣ). Задача его та же, что и всѣхъ современныхъ кодексовъ, т.-е. *примиреніе дуализма нормъ римскаго и новаго происхожденія.* Основу этого примиренія или соглашенія здѣсь находятъ въ ученіяхъ естественнаго права. Австрійскій законодатель, однако, вовсе не ищетъ съ такимъ усердіемъ, какъ прусскій, утилизировать все естественное право въ свою пользу. Въ разработкѣ проекта принимаетъ самое живое участіе знаменитый въ ту пору профессоръ естественнаго права Zeiller. Онъ собственно былъ референтомъ коммиссіи. Весь кодексъ очень простъ по составу и кратокъ по формѣ. Онъ заключаетъ въ себѣ всего 1502 параграфа. Сравненіе съ прусскимъ не вполнѣ удобно, ибо прусскій содержитъ не одно частное право. Однако достаточно принять во вниманіе сравнительное число параграфовъ въ двухъ только титулахъ (неполныхъ) прусскаго ландрехта (о бракѣ 1119 §§—это 1-й титулъ 2-й части, а объ отношеніяхъ между родителями и дѣтьми — 270 §§ — это часть второго титула; вмѣстѣ для брака и отношеній родителей къ дѣтямъ 1389 §§ у пруссаковъ, а у австрійцевъ для этихъ же матерій 143 §§+49) съ австрійскимъ кодексомъ, чтобъ постигнуть разницу между прусской невоздержностью въ законописаніи и несомнѣнной умѣренностью Австріи въ этомъ отношеніи. Вся совокупность §§ (1502) расчленена на введеніе и три части: 1) von dem Personenrechte, 2) von dem Sachenrechte, гдѣ два большихъ раздѣла, a) von den dinglichen Rechten, b) von den persönlichen Sachen-Rechten, 3) общія постановленія для Personen и Sachen-Rechte [1]).

[1]) Австрійскій кодексъ недавно переведенъ на русскій языкъ г-мъ Вербловскимъ (изд. редакц. ком. по составл. гражд. уложенія). Указан. здѣсь термины Sachenrechte съ ихъ подраздѣленіемъ на dingliche и persönliche Sachenrechte переданы у г. Вербловскаго не буквально. Онъ употребляетъ терминъ имущественное право вмѣсто Sachenrecht, dingliches Recht передаетъ словами

Для характеристики кодекса, имѣющей для насъ здѣсь небольшое значеніе, достаточно сказать, что вліяніе римскаго права было преобладающимъ въ кругахъ его составителей, и рядомъ съ этимъ общимъ объединяющимъ его элементомъ они ввели въ составъ системы нѣкоторые элементы такъ-назыв. германскаго правосознанія въ отдѣльныхъ институтахъ.

§ 10.

Примѣнимъ ли одинъ критерій къ оцѣнкѣ 3-хъ кодексовъ.—Идея національнаго кодекса для всей Германіи.—Неудовлетворенность одной научной разработкой вопросовъ права.—Принципъ пользы; общность національнаго прасознанія.—Рознь въ правѣ и общность въ политикѣ.—Военное торжество.—Расширеніе имперской компетенціи на все гражданское право.—Кодификаціонныя работы, ихъ планъ.—Движеніе законодательства.—Проектъ 1888 г.—Неблагопріятная встрѣча.

Въ ближайшемъ отношеніи къ дѣйствующему у насъ донынѣ X-му тому Св. Зак., къ нашему гражданскому законодательству стоятъ только три названные иностранные кодекса. Графъ Сперанскій имѣлъ въ виду только ихъ, выполняя свою задачу *собиранія русскаго гражданскаго права въ одну книгу законовъ*. Мы могли бы здѣсь ограничиться параллелизмомъ этихъ четырехъ и донынѣ дѣйствующихъ кодексовъ для нашихъ ближайшихъ за-

---

вещныя права, а persönl. Sachenrechte—лично-имущ. права. Для точнаго смысла „имущество“ у нѣмцевъ есть терминъ Vermögen. Г. Пахманъ, въ Исторіи кодификаціи, точнѣе выражаетъ терминоголію кодекса, передавая ее такъ: часть вторая „о правѣ на вещи“, первый отдѣлъ „о вещныхъ правахъ“, отдѣлъ второй „о лично-вещныхъ правахъ“. Можетъ казаться непонятнымъ, что это за дѣленіе вещныхъ правъ на просто-вещныя и лично-вещныя. Между тѣмъ классификація именно такова. Dingliches Sachenrecht соотвѣтствуетъ латинскому jus in re, jus in rem; въ противоположность этому право требованія есть jus in personam, и это, повидимому, хотѣлъ выразить г. Вербловскій. Между тѣмъ, австр. код. знаетъ не эту послѣднюю категорію въ своей классификаціи, а неримскую jus ad rem (§ 307), и это и будетъ то, что названо въ немъ persönl. Sachenrechte. Г. Вербловскій быть можетъ правъ, желая замѣнить эту терминологію, ибо заглавіе 2 отд. 2-й кн. не соотвѣтствуетъ ея содержанію; но это замѣна, а не переводъ. Мы увидимъ позже, откуда взялся терминъ jus ad rem. Что касается названнаго сейчасъ соч. г. Пахмана, то понятіе кодификаціи у него имѣетъ самый обширный смыслъ, и въ 2-хъ том. эт. сочин. (больш. формата около 1000 стр.) вы найдете свѣдѣнія по цѣлой массѣ всякаго рода сборниковъ юридическихъ нормъ гражд. права, начиная съ XII табл. до Остзейск. гражд. законовъ. Задача труда дать обзоръ кодексовъ и литературы, причемъ критика кодификац. трудовъ ограничена указаніемъ внѣшнихъ достоинствъ и недостатковъ кодексовъ, а не изслѣдованіемъ самыхъ началъ, въ нихъ содержащихся. Внѣшнее очертаніе множества западныхъ кодексовъ, римскихъ, романскихъ, германскихъ, славянскихъ, даетъ большой выборъ, такъ сказать, узоровъ кодификаціонныхъ, конечно, весьма занимательныхъ для кодификаторовъ. Для русской кодификаціи собраны многообразныя свѣдѣнія о кодификаціонныхъ проектахъ прошлаго и текущаго столѣтія, частью никогда не осуществленныхъ, но все-таки любопытныхъ.

дачъ [1]). Точно также вопросъ, поставленный главой исторической школы въ началѣ этого столѣтія о призваніи нашего времени къ законодательству и юриспруденціи, разъяснялся въ особенности въ виду трехъ названныхъ попытокъ. Но задачи кодификаціи ни въ Германіи, ни у насъ далеко не приведены къ концу. Проблемы, поставленныя 80 лѣтъ назадъ, далеко еще не перестали тревожить юристовъ и общество. Вопросъ о кодификаціи послѣ нѣкотораго затишья возникъ опять повсюду въ новыхъ и гораздо болѣе широкихъ размѣрахъ, чѣмъ прежде. Пруссія и Австрія *оставили планъ*, прежде существовавшій, *кодифицировать* вслѣдъ за общимъ правомъ разныя *провинціальныя права*. Но тѣмъ временемъ внутри Германіи разработанъ новый, саксонскій, кодексъ; у насъ возникъ въ 63 году сводъ мѣстныхъ законовъ остзейскихъ, Италія выработала новый кодексъ [2]). Вопросъ кодификаціи занимаетъ и Англію и Швейцарію, и Бельгію, и, наконецъ, Японію, гдѣ работалъ для этой цѣли французскій профессоръ Boissonade. Съ начала 70-хъ годовъ этотъ вопросъ сталъ снова жгучимъ въ Германіи. Онъ составляетъ, наконецъ, очередную заботу и въ нашихъ законодательныхъ сферахъ. Повсюду въ эту минуту, однако, еще все больше ожиданій, споровъ, надеждъ, чѣмъ достигнутыхъ результатовъ, и основательное разъясненіе задачъ, средствъ и результатовъ кодификаціи продолжаетъ держаться въ предѣлахъ давно опредѣлившихся контроверзъ и старыхъ опытовъ этого рода.

Мы видѣли выше мысли Савиньи по поводу трехъ теперь уже старѣющихъ кодексовъ. Въ ту пору глава исторической школы разсматривалъ кодификаціонную дѣятельность какъ специфическую *болѣзнь вѣка, опасную для нормальнаго развитія права*. Онъ одинаково осуждаетъ всѣ три предшествующія попытки кодификаціи и извлекаетъ изъ нихъ поученіе противъ дальнѣйшихъ предпріятій такого же рода.

Принимая, однако, всѣ основоположенія ученія Савиньи о природѣ права, живой, измѣнчивой и органической, мы не мо-

---

[1]) Дѣйствіе Прусскаго Ландрехта во всемъ, что относятся къ праву гражданскому, за немногими исключеніями (о чемъ дальше), отмѣнено закономъ 20 сентяб. 1899 г. о введеніи въ дѣйствіе имперскаго гражданскаго уложенія.

[2]) Названные новые кодексы существуютъ въ русскомъ языкѣ, саксонскій въ переводѣ цѣлаго круга лицъ подъ общимъ руководствомъ г. Книрима, изд. редакц. коммис. по составленію гражд. уложенія, 1885 г.; той же редакц. коммисіей изданы недавно переводъ гражданскаго и торговаго уложенія княжества Сербіи 1844 и 1866 гг., гражд. уложенія Цюрихскаго кантона, Калифорнское... Остзейск. св. существуетъ въ офиц. переводѣ на русскій языкъ. Итальянское уложеніе переведено г. Зарудныхъ. Заслуживаетъ вниманія Испанское гражданское уложеніе 24 іюля 1889 г., переведен. на французскій языкъ г. Levé (Code civil espagnol) въ 1890 г.

жемъ сойтись съ нимъ въ осужденіи заодно всѣхъ трехъ попытокъ, которыя онъ имѣлъ въ виду въ ту пору. Между кодификаціонной дѣятельностью французовъ въ началѣ этого столѣтія и пруссаковъ въ исходѣ прошлаго вѣка крайне мало общаго, кромѣ развѣ имени кодекса, которое само по себѣ, натурально, не можетъ внушать ни опасеній, ни радостей. Съ точки зрѣнія кодификаціонной техники ихъ, натурально, можно разсматривать одинъ, какъ другой. Такъ собственно и относились къ нимъ наши кодификаторы. Но вопросъ, поставленный Савиньи, касался вовсе не этого мастерства, а призванія нашего времени къ законодательству и юриспруденціи. Вопросъ былъ совершенно правильно поставленъ. Источникъ юридическихъ нормъ раскрывался не въ книгѣ закона, а въ національномъ сознаніи права. Развѣ въ этомъ смыслѣ возможно ставить наряду такіе два кодекса, какъ прусскій Ландрехтъ и французскій Code? Развѣ исторія права во Франціи, даже въ тѣхъ слабыхъ очертаніяхъ, которыя были даны выше, походитъ на исторію права не только въ Пруссіи, но даже въ цѣлой Германіи?

Въ одной—непосредственныя традиціи римскаго права, блестящій періодъ историческаго изученія его источниковъ еще въ XVI вѣкѣ, разработка кутюмовъ, объединяющая медленнымъ путемъ разномѣстные источники права, національная государственная власть, постоянное обособленіе началъ права публичнаго и частнаго, блестящая литературная дѣятельность, грозный кризисъ этой période intermédiaire, но кризисъ, происходившій въ могучемъ и цѣльномъ національномъ организмѣ...

Какіе подобные жизненные, *органическіе процессы*, предшествующію и сопровождающіе успѣхи національнаго сознанія, возможно отмѣтить для Пруссіи, захотѣвшей имѣть тоже свой кодексъ въ половинѣ XVIII вѣка? Думаемъ, что самый вопросъ можетъ показаться больше забавнымъ, чѣмъ серьезнымъ. Итакъ, если право есть продуктъ національной жизни, творчества націи, какъ ея языкъ, то что же общаго можно вывести для исторіи права изъ этихъ двухъ кодексовъ? Французская exaequatio legum, *объединеніе ея права*, наконецъ, кодификація составляли подлинный, неподдѣльный продуктъ ея исторіи. Оттого кодексъ, задуманный только среди тревогъ революціи, могъ выдти готовымъ и оконченнымъ при первой смѣнѣ лихорадочнаго возбужденія націи состояніемъ большей увѣренности въ себѣ, болѣе собранныхъ національныхъ силъ.

Франція *не могла жить теперь подъ дѣйствіемъ стараго права, и она создала* потребное для ея жизни *новое національное право.*

Какую новую фазу въ исторіи права представляетъ конецъ XVIII вѣка для Пруссіи и начало XIX для Австріи? И тутъ и тамъ неотмѣненная частно-правная зависимость массъ, и тутъ и тамъ ничѣмъ внутреннимъ образомъ несвязанные конгломераты территорій, разноплеменныхъ, черезполосныхъ, сейчасъ готовыхъ разбрестись розно, какъ только нѣтъ на лицо внѣшней силы, угрожающей непокорнымъ. Савиньи былъ совершенно неправъ, ставя на одну доску такія несоизмѣримыя явленія, какъ названные выше три кодекса. Одинъ (французскій) могъ служить подтвержденіемъ его органическаго ученія о правѣ. Оба другіе составляли въ самомъ дѣлѣ настоящую иллюстрацію отвергаемыхъ имъ механическихъ экспериментомъ въ этой области [1]).

Если таково различіе въ происхожденіи названныхъ трехъ кодексовъ, органическаго для code'a и чисто механическаго для ландрехта въ особенности, то, понятнымъ образомъ и ихъ дальнѣйшая судьба не могла быть одинаковой. Успѣхи рецепціи французскаго права на чужой почвѣ извѣстны. Рожденный такъ сказать живымъ и жизнеспособнымъ, онъ удержался донынѣ вездѣ, гдѣ почва была въ большей или меньшей степени подготовлена исторіей для очищенной отъ средневѣковыхъ остатковъ культуры права частнаго. Успѣху развитія права общаго, вмѣстѣ съ этимъ, на всей ново-европейской почвѣ не содѣйствовалъ ни одинъ новый кодексъ въ такой мѣрѣ, какъ Code civil. Мы разумѣемъ здѣсь, натурально, не формально-обязательный смыслъ правообщенія, а лишь содержаніе нормъ, приведенное въ этомъ кодексѣ въ наиболѣе близкое соотвѣтствіе правосознанію европейскихъ обществъ. Успѣхъ французскаго права внѣ Франціи не связанъ съ наличностью какого бы то ни было внѣшняго авторитета, навязывающаго это господство. Ему продолжаютъ до исхода XIX в.

---

[1]) Намъ вовсе не любопытно, чѣмъ условливалось это смѣшеніе явленій, столь мало сходныхъ, у именитаго юриста. Въ немъ во всякомъ случаѣ было извѣстное умаленіе чести, извѣстная Niederschätzung для Франціи, и слишкомъ много чести для прусскаго ландрехта. Самъ Савиньи былъ французъ по происхожденію. Трудно, однако, думать, чтобъ въ немъ говорило на этотъ разъ излишнее усердіе къ новому отечеству. Онъ такъ невысоко аттестовалъ и ландрехтъ и современную ему нѣмецкую юриспруденцію, что о пристрастіяхъ не можетъ быть рѣчи. Ближе и проще, по свойствамъ задачъ, поставленныхъ себѣ исторической школой, вовсе неразсчитанныхъ на скорые практическіе результаты, объяснить себѣ это сопоставленіе очень отдаленнымъ отъ нашего времени критеріемъ римскаго юридическаго творчества, который Савиньи примѣнялъ безразлично ко всему современному состоянію права, гдѣ бы то ни было. Съ точки зрѣнія римскихъ идеаловъ только и возможно не разсмотрѣть великой разницы между явленіями исторіи права во Франціи и въ Пруссіи Ошибочность сопоставленія, какъ бы мы себѣ ее ни объясняли, не измѣняется отъ этого, точно такъ же, какъ и несогласіе сужденія о французскомъ Code'ѣ съ органической теоріей права, съ ученіемъ *о національномъ сознаніи какъ основѣ права*, съ сопоставленіями права съ языкомъ и прочее.

слѣдовать 7 мил. 600 тыс. нѣмцевъ, зная хорошо, какого оно происхожденія и не взирая на существующую уже теперь съ 74 г. общую имперскую компетенцію по матеріямъ гражданскаго права. Этотъ же французскій Code содѣйствовалъ объединенію права въ современной Италіи на счетъ вытѣсненнаго, тотчасъ по освобожденіи нѣкоторыхъ ея территорій отъ австрійскаго господства, австрійскаго кодекса.

Мы видѣли выше, какимъ духомъ проникнутъ прусскій ландрехтъ. Какая же его роль въ самой Пруссіи и въ цѣлой Германіи? Она связана частью съ страшными ударами судьбы, постигшими Пруссію въ началѣ этого столѣтія. Государство было, такъ сказать, сметено силой французскаго оружія. Король оказался на Мемелѣ. Французскія войска заняли всю территорію Пруссіи вплоть до русской границы. Прусскіе чиновники съ тѣмъ же рвеніемъ продолжали свое служеніе разъ заведенному порядку въ новыхъ условіяхъ, какъ они привыкли служить въ старыхъ. Поднять народную войну не было никакой возможности. Тильзитскій миръ (807 г.) спасъ королевскую семью цѣной раздробленія старой прусской территоріи.

Для идеи о правѣ, еще какой нибудь десятокъ лѣтъ назадъ формулированной въ ландрехтѣ, оставалась самая убогая сфера примѣненія [1]), и лишь въ отдаленномъ будущемъ имъ предстояло вновь ожить въ воображеніи einiger Privatdoctorum. Россія переживала въ ту пору эпоху блестящей юности своего государя. Политика была вполнѣ національной. Залогомъ сближенія съ Франціей послужилъ Бѣлостокъ, русскій городъ, входившій до того въ составъ Пруссіи. Послѣ тильзитскаго мира все *направленіе внутренней политики Пруссіи стало прямо противуположнымъ прежнимъ завѣтамъ*. Основъ права стали искать совсѣмъ не тамъ, гдѣ ихъ находили прежде, о чемъ будемъ имѣть случай сказать позже. За освобожденіемъ нѣмецкихъ территорій тотчасъ, въ эпоху вѣнскаго конгресса, на очередь сталъ вопросъ о гражданскомъ правѣ, но уже на этотъ разъ не территоріальномъ для той или другой союзной области, *а національномъ*. О кодексахъ прусскомъ и австрійскомъ никто не думалъ. Все, что въ нихъ было австрійскаго или прусскаго, не могло болѣе привлекать никого внѣ круга лицъ, связанныхъ формальной обязательностью ихъ примѣненія въ судахъ. Каждый изъ этихъ ко-

---

[1]) Причемъ, натурально, ни одна мать не перестала кормить своего ребенка и ни одна жена не воспользовалась обѣщаннымъ содѣйствіемъ закона къ разводу за уклоненіе отъ службы, если не находила для сего болѣе настоятельныхъ резоновъ.

дексовъ расширялся или съужался въ его примѣненіи исключительно подъ дѣйствіемъ принудительной силы, и то далеко не всегда успѣшно, ибо съ французскимъ Code'омъ оказалось труднѣе справиться, чѣмъ съ французскими маршалами. Юридическая литература до крайности охладѣла къ разработкѣ всякихъ ландрехтовъ. Тибо, въ указанной выше брошюрѣ, замышлялъ *объединеніе цивильнаго права всей Германіи посредствомъ кодекса*, обязательность коего для всѣхъ нѣмецкихъ территорій подлежала бы гарантіи (международной) союзныхъ державъ. Какъ извѣстно, Савиньи выступилъ противъ этого плана. И съ тѣхъ поръ знакомыя намъ идеи этого писателя объ историческомъ жизненномъ процессѣ возникновенія юридическихъ нормъ овладѣли литературой и школой не только въ Германіи, но и во Франціи и въ Россіи. Вмѣсто ничего не содержащихъ абстракцій такъ называемаго естественнаго права, начался трудный и длительный процессъ изученія тѣхъ живыхъ основъ, на которыхъ держится юридическій бытъ европейскихъ обществъ въ дѣйствительности.

Особенность положенія Германіи и въ эту пору, однако, заключалась въ томъ, что всѣ эти исканія общихъ юридическихъ нормъ носили характеръ исключительно научный, медленно приближавшій нѣмецкое общество къ практическимъ цѣлямъ юриспруденціи. Какъ ни высоко стоялъ авторитетъ новыхъ privatdocorum, однако этого авторитета далеко не было достаточно, какъ нѣкогда въ Римѣ, для прямого вліянія на цивильную практику. Работы юристовъ осуждены были надолго оставаться въ стадіи предварительной, подготовительной (Vorarbeiten), не переходя въ окончательную. Тѣхъ содѣйствующихъ практической осуществимости зрѣющей идеи національнаго единства органовъ, какіе завѣщаны были Франціи ея историческимъ прошлымъ, Германія не имѣла. Давно утратившая всякое реальное значеніе, нѣмецкая императорская власть была окончательно упразднена актомъ отреченія императора Франца II въ 806 году. Замѣнявшіе ее союзы и окончательный союзъ 38-ми нѣмецкихъ государствъ съ Bundestag'омъ во Франкфуртѣ, созданнымъ вѣнскимъ конгрессомъ, не подавалъ никакихъ видовъ на объединеніе гражданскаго права нѣмецкой націи, ибо члены союза продолжали пользоваться всѣми средствами для сепаратныхъ цѣлей. Партикуляризма въ гражданскомъ правѣ не сокрушило также революціонное движеніе 1848 — 49 г. Общаго національнаго чувства оказалось достаточно, чтобъ связать саксонцевъ, швабовъ, баварцевъ, пруссаковъ, весь югъ и весь сѣверъ Германіи, про-

тивъ безсильной Даніи, отъ которой былъ затѣмъ (1864 г.) силой отторгнутъ Шлезвигъ [1]), гдѣ населеніе-де тѣсно связано съ Германіей кровнымъ единствомъ, но въ то же время этого національнаго чувства явно было недостаточно, чтобы сдѣлать надлежащія уступки въ правѣ отдѣльныхъ территорій руководиться только своими нормами, знать только свой судъ и свои порядки въ гражданскихъ дѣлахъ. Даже въ институтахъ, до такой степени неудобообособимыхъ, какъ вексель и другія установленія торговаго права, нельзя было добиться *общихъ нормъ*, ибо отдѣльныя территоріи не хотѣли допустить обязательнаго ихъ примѣненія, каждою у себя, иначе, какъ чрезъ особую, исходящую отъ мѣстной власти, промульгацію, безъ которой нормы общія, не ставъ такимъ образомъ въ то же время и партикулярными, не обязывали мѣстныхъ судовъ.

Примѣнительно къ *своему быту* это нѣмецкое юридическое сознаніе ставило выше всего формы, а тамъ, гдѣ рѣчь шла *о чужомъ*, оказывалось достаточнымъ простого родства крови, для того чтобы отторгнуть отъ слабаго государства его провинцію и пріобщить къ общему отечеству.

Въ 65-мъ году появилась первая смѣлая литературная попытка Ihering'a основать все ученіе о правѣ на принципѣ пользы, на матеріальной основѣ, причемъ форма, формальные реквизиты, такъ называемый Willensformalismus долженъ быть отойти на второй планъ, уступая соображеніямъ выгоды, интереса, разсчета (Allgemeine Theorie der Rechte, Geist. d. röm. Rechts, dritter Theil, erste Abtheil., конецъ). Въ ту же пору десять союзныхъ правительствъ (между ними Саксонія, Баварія, Вюртембергъ) пытались, во имя *общей пользы*, придти къ соглашенію объ общемъ гражданскомъ правѣ. Большинство союзнаго собранія было за это предложеніе. Меньшинство, съ Пруссіей во главѣ, протестовало противъ компетенціи собранія рѣшать этотъ вопросъ, какъ не принадлежащій къ категоріи *общеполезныхъ* распоряженій союза.

Очевидно, ни формализмъ воли, ни принципъ пользы, ни историческая школа, ни наконецъ движеніе 48 — 49 гг. не могли, въ наличныхъ условіяхъ, подвинуть Германію сколько нибудь на путь объединенія ея цивильнаго права. Право цивильное *никакъ не хотѣло обособиться отъ соображеній совер-*

---

[1]) Нѣмецкіе учебники и исторіи обыкновенно исполнены восторговъ, когда рѣчь идетъ объ этомъ событіи національнаго объединенія, и въ тѣхъ же книжкахъ учители не находятъ словъ для порицанія факта присоединенія русскаго города Бѣлостока къ Россіи.

шенно нецивильнаго свойства. Тамъ, гдѣ нормы были буквально тождественны, онѣ все же оставались только сходными, а не общими, пожалуй даже всеобщими (это нѣмцы строго различаютъ), когда всѣ партикулярныя законодательства принимали ихъ къ руководству, но отнюдь не общими именно, ибо общаго источника права (въ формальномъ смыслѣ) для нихъ нѣтъ. Понятіе общей національности, общаго національнаго сознанія, которое во Франціи дало такой общій источникъ права, здѣсь не мыслилось въ практикѣ, а существовало лишь въ наукѣ, и нуженъ былъ еще *нѣкоторый придатокъ*, чтобъ это понятіе пріобрѣло свойство практически допустимаго для Германіи.

Въ 65-мъ году Саксонія промульгировала свой сепаратный кодексъ гражданскаго права для земель королевства. Нѣмецкіе централисты разныхъ земель напали на этотъ законодательный сепаратизмъ съ изумительною энергіей.

Послѣдовавшая вскорѣ такъ называемая братоубійственная война разбила безпомощный союзъ нѣмецкихъ государствъ, существовавшій для общаго блага, выключила изъ его состава единственную сильную соперницу Пруссіи въ общихъ совѣтахъ— Австрію, и привела къ образованію новаго сѣверо-германскаго foedus iniquum, гдѣ хозяйкой стала Пруссія, И только тутъ тотчасъ же явилась для этого союза возможность настоящаго общаго права, какъ будто эту настоятельную потребность національной жизни слѣдовало удовлетворить только, такъ сказать, въ награду за покорность членовъ союза политическимъ видамъ Пруссіи.

Общее національное нѣмецкое сознаніе легко, какъ мы видѣли, возбуждалось и становилось дѣятельнымъ, когда надо было преслѣдовать цѣли хоть вовсе не правомѣрныя, но зато явно выгодныя, какъ захватъ Шлезвига. Въ этомъ же направленіи общность національнаго сознанія была пробуждена Пруссіей въ 70-мъ году, и военное предпріятіе союзниковъ, какъ всѣмъ извѣстно, кончилось отторженіемъ двухъ богатыхъ провинцій и пятью милліардами военной контрибуціи, уплаченныхъ побѣдителю.

Эти военные успѣхи несомнѣнно должны были скрѣпить ненадежныя до того узы союза основательнымъ чувствомъ *страха за будущее* и невольной солидарностью соучастниковъ опасной игры, давшей на первый разъ барышъ такихъ неслыханныхъ размѣровъ. Нѣмецкіе юристы почувствовали, что союзникамъ съ этихъ поръ стало труднѣе, чѣмъ прежде, разорвать связавшія ихъ путы, что время осуществленія ихъ давнишнихъ надеждъ

имѣть общее право для единой націи готово наступить въ этихъ новыхъ условіяхъ. Виндшейдъ, подписывая днемъ Седанской битвы новое изданіе своего учебника, выражаетъ свое пламенное желаніе, чтобъ это изданіе было послѣднимъ въ виду готовыхъ теперь осуществиться страстныхъ вожделѣній (Sehnsucht) нѣмцевъ имѣть общій кодексъ гражданскаго права. — Посмотримъ, коротко, какія судьбы этихъ старыхъ плановъ въ новыхъ условіяхъ.

Депутатъ д-ръ Ласкеръ съ величайшей энергіей поддерживалъ, сперва въ предѣлахъ сѣверо-германскаго союза, потомъ для всей Имперіи, планъ законодательнаго объединенія сначала нѣкоторыхъ частей гражданскаго законодательства (право торговое, вексельное, обязательственное, какъ теперь въ Швейцаріи, процессъ гражданскій и конкурсный), позже гражданскаго права въ цѣломъ его составѣ. Уже въ исходѣ 73 года достигнуто было измѣненіе art. 4 № 13 Имперской конституціи въ томъ смыслѣ, что имперская компетенція расширена *на все гражданское право*, на уголовное право *и на процессъ*. Предложеніе Ласкера было принято рейхстагомъ, и Союзный совѣтъ значительнымъ большинствомъ (противъ обоихъ Мекленбурговъ и Рейса старшей линіи) далъ свое согласіе на это измѣненіе.

Въ исторіи нѣмецкаго права трудно указать другое событіе такого же поворотнаго значенія, какъ это расширеніе имперской компетенціи на все гражданское право. Никогда до этого земская территоріальная власть не поступалась такъ широко изжившею свой вѣкъ территоріальной максимой въ вопросахъ права. Право частное, для всѣхъ главнѣйшихъ его институтовъ, вышло, казалось, изъ тѣснаго соприкосновенія съ разнымъ политическими интересами отдѣльныхъ земель и съ этимъ вмѣстѣ расширилось и поднялось значеніе права общаго. Если до сего главнѣйшимъ источникомъ гражданскаго права общаго было право обычное, то послѣ этого продуктивность обычно-правнаго творчества уступила мѣсто необычайному, въ первыя 25 лѣтъ имперской компетенціи, обилію *легальныхъ нормъ*, которыхъ въ эти годы выработано больше чѣмъ въ иныхъ условіяхъ успѣваютъ дать для гражданскаго права цѣлыя столѣтія законодательной работы [1]). Вмѣстѣ съ этимъ измѣнилось прежнее отношеніе нормъ партикулярныхъ къ общимъ цивильнымъ. Если прежде общее право шло лишь in subsidium, уступая первенство праву партикулярному, то съ этихъ поръ, какъ разъ наоборотъ, имперское законодательство

[1]) Bekker, „Recht muss Recht bleiben“, стр. 20.

идетъ впередъ, и земское право отнюдь не должно препятствовать примѣненію его нормъ. Въ этомъ смыслѣ Reichsrecht bricht Landesrecht, т.-е. какъ есть обратно старому принципу, гдѣ право локальное преобладало надъ общимъ, обращаясь къ общему только какъ къ источнику вспомогательному.

Вскорѣ за измѣненіемъ art. 4 № 13 имперской конституціи, уже лѣтомъ 74 года была образована кодификаціонная коммиссія изъ 11 членовъ съ д-ромъ Папе во главѣ для выработки проекта гражданскаго уложенія. Въ ея составъ вошли именитые нѣмецкіе профессора (романистъ Виндшейдъ, германисты Ротъ, Планкъ и друг.) и юристы практики (знатоки прусскаго ландрехта, Code civil и новаго саксонскаго кодекса).

Задача кодификаціи была сразу поставлена въ совершенно точныя границы. Кодифицируется *только частное право*. Въ предѣлы кодификаціи не входятъ: a) *право торговое* (матеріи прикасающіяся и гражданскаго и торговаго права предположено разработывать въ видѣ спеціальн. законовъ); b) *горное право*; c) *остатки институтовъ германскаго происхожденія*, каковы институты леннаго права, реальныя тагости, наслѣдственныя аренды, семейные фидеикомиссы и проч., которые имѣютъ удержать свое мѣсто въ составѣ мѣстныхъ системъ земскаго права; d) также рядъ институтовъ, на коихъ лежитъ опредѣленно выразившійся характеръ локальныхъ особенностей или полицейскихъ задачъ, *лѣсное, водное право*, съ правомъ охоты и рыбной ловли, уставы строительные, *аграрное право*, законы объ отчужденіи имуществъ для общественныхъ цѣлей, положеніе о наймѣ прислуги и проч.

Съ этихъ поръ, когда опредѣлился составъ и задачи кодификаціи и до 1888 года, когда стали появляться въ обиліи результаты 14-лѣтнихъ трудовъ коммиссіи, процессъ работъ оставался вполнѣ скрытымъ отъ глазъ публики. Къ чести нѣмецкой скромности тайна плановъ сохранялась съ тщательностью, какая больше свойственна работамъ военныхъ штабовъ. Между тѣмъ, интересъ загадки быстро возрасталъ, особенно съ тѣхъ поръ, какъ нѣкоторые писатели, въ числѣ ихъ, прежде всего, профессоръ Ihering, громко заговорили *въ совершенно новомъ духѣ о природѣ права*, какъ о хорошо придуманномъ механизмѣ, посредствомъ котораго дальновидные съумѣютъ принудить близорукихъ подчиниться ихъ разсчетамъ. Если все право есть дѣло разсчета предусмотрительныхъ и покорности оплошныхъ, то, конечно, ничто не можетъ быть любопытнѣе производства такихъ Zweckapparat'овъ, которые приводятъ къ этой цѣли. Мы видѣли выше, что въ нѣмецкой

литературѣ существовало предположеніе о назначеніи этой новой теоріи права послужить префаціей къ какой-либо обширной новеллѣ...

Тѣмъ временемъ въ пользу кодификаціи высказывались, навстрѣчу идеямъ Савиньи, одинъ за другимъ, именитые нѣмецкіе юристы, и, наконецъ, старѣйшій изъ оставшихся отъ славной плеяды учениковъ Савиньи Бетманъ-Гольвегъ. Въ 1879 году, пять лѣтъ послѣ учрежденія кодификаціонной коммиссіи, Германія торжествовала память столѣтія дня рожденія Савиньи. Къ этому дню Виндшейду пришлось еще разъ (5-й) издавать заповѣданный имъ въ день Седанской битвы учебникъ, и онъ подписалъ его днемъ рожденія Савиньи (21-е февраля). Эмблематическій смыслъ подписи на этотъ разъ былъ особенно неумѣстенъ, ибо именно въ этомъ 5 изданіи Виндшейдъ, никѣмъ не нудимый (ему никто не возражалъ противъ его прежней формулы), утверждаетъ, вопреки своимъ прежнимъ мнѣніямъ, что законъ можетъ эфективнымъ образомъ заранѣе аннулировать для будущаго времени силу обычно-правныхъ нормъ. Аргументація этого новаго положенія любопытна по утонченности пріемовъ, съ какой ее выполнилъ Виндшейдъ [1]). Во всякомъ случаѣ подписывать такое

---

[1]) См. Pandekten, т. 1, изд. 79 г. § 15 особ. прим. 4, гдѣ мысли Савиньи и Пухты, также Böhlau, полагающаго, что только право обычное есть подлинно право, а законъ лишь воля государства. Виндшейдъ § 18 пр. 3 и 4 совсѣмъ иначе: прежде я (Виндшейдъ) думалъ какъ Пухта, что законъ не можетъ объявить право неправомъ, также какъ не можетъ возбранить будущій обычай; мнѣ не возражали, но теперь я думаю иначе. И этотъ новый образъ мыслей надлежитъ изучить въ подлинникѣ. Для дальнѣйшей разработки вопроса объ обычн. правѣ см. статьи Rümelin въ Jahrb. Ihering'a за 88 г., 3 т. Мы имѣемъ нынѣ еще дальнѣйшія столкновенія по этому основному и крайне богатому консеквенціями для текущихъ законодательныхъ работъ вопросу. Лабанду (вопреки волѣ государства не можетъ быть допущено особое право непослушанія, вошедшаго въ обычай, Recht auf gewohnheitsmässigen Ungehorsam со стороны nicht organisirte Rechtsgemeinschaft), который поддерживаетъ тѣ же тезы, что и Виндшейдъ, возражаютъ Гирке, Герберъ и другіе. Гирке, въ указан. Deutsch. Privatrecht, замѣчаетъ: не можетъ существовать закона, способнаго воспрепятствовать забвенію юридическихъ нормъ. Пока, однако, такой законъ остается налицо, какъ бы онъ ни отжилъ свой вѣкъ, все-таки одна категорія судей будетъ продолжать имъ пользоваться для опасныхъ истолковательныхъ операцій, у другой тотъ же законъ будетъ служить средствомъ гнуть все живое на старый ладъ. Сила обычая та же, что и сила закона. Легальные запреты, направленные противъ обычнаго права, суетны не меньше, чѣмъ всѣмъ знакомые пріемы гордыхъ властителей заказать разъ навсегда своимъ преемникамъ всякое покушеніе на ихъ законы. Позднѣйшее обычное право предпочитается прежней легальной нормѣ (партикулярн. законодательства даютъ на сей предметъ не одинаковыя руководящ. правила; см. Гирке, указ. соч., стр. 172 и слѣд.).—У Гербера (System § 19 прим. издателя) читатель найдетъ противъ мыслей Виндшейда, Лабанда и друг. такія соображенія. Въ основѣ долженъ быть поставленъ вопросъ: *что же*, въ самомъ дѣлѣ, *и самые источники права возникаютъ тоже вельніемъ законодателя?* и если на это нельзя отвѣчать утвердительно, то какимъ образомъ законодатель можетъ, такъ сказать, закрыть живой ключъ развитія новаго права, какое бы оно ни было, легальное или

заклaніе любимаго дѣтища исторической школы днемъ рожденія ея первоначальника въ Германіи совсѣмъ неудобно...

Пока тянулись такимъ образомъ работы кодификаціонной коммиссіи *имперская законодательная дѣятельность развивалась непрестанно во всемъ объемѣ указанной выше компетенціи, въ видѣ спеціальныхъ законовъ.* Согласно новой конституціи имперскіе законы должны составлять безусловно-общее право (иначе думаетъ Böhlau), слѣдовательно пріобрѣтаютъ обязательную силу для всей имперской территоріи посредствомъ публикаціи ихъ въ имперскомъ оффиціальномъ органѣ, независимо отъ промульгаціи земской законодательной властью и вмѣстѣ съ этимъ устраняютъ, въ предѣлахъ указанной компетенціи, дѣйствіе мѣстныхъ нормъ. Важнѣйшія матеріи, коихъ коснулась эта центральная законода-

---

обычное? Крайняя трудность одолѣть живой источникъ права, который всегда найдетъ себѣ путь, если не тамъ, гдѣ его осилили, то въ другомъ мѣстѣ, приведетъ законодателя къ необходимости отступить и этимъ откроетъ случай злѣйшему (по выраженію Лабанда) виду непокорности, т.-е. непокорности вошедшей въ обычай, переставать быть таковою и обращаться въ подлинное право. Герберъ, однако, не видитъ зла въ противодѣйствіи посредствомъ законовъ общихъ развитію обычноправныхъ партикуляризмовъ.—Дѣло, явнымъ образомъ, не въ формальномъ различеніи источниковъ права, обычаевъ или законовъ, а въ отношеніи юридическихъ нормъ, какого бы онѣ ни были происхожденія, къ живому юридическому сознанію того общества, для коего эти нормы предназначаются. Это отношеніе нормъ къ юридическому сознанію людей можетъ быть или правильнымъ, хорошо его отражающимъ, истиннымъ зеркаломъ этого сознанія, или не быть таковымъ. Въ первомъ случаѣ не будетъ никакой надобности заповѣдывать заранѣе будущіе обычаи, регулировать впередъ все послѣдующее направленіе источниковъ права по усмотрѣнію предусмотрительныхъ, тѣмъ менѣе приводить въ дѣйствіе Zwangs-apparat'ы, угрожать наказаніями и проч. Вспомнимъ вновь безсмертныя идеи Юлія Павла, non ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est regula fiat, ожившій дѣйствительно въ лицѣ Савиньи и его лучшихъ послѣдователей духъ классической юриспруденціи, мастерской анализъ состава юридической нормы (Авг. Тонъ), не оставляющій сомнѣній, что право по своей природѣ не предполагаетъ необходимости внѣшнихъ принудительныхъ аппаратовъ и вовсе не кончается тамъ, куда не доходитъ карательная сила государственнаго меча. — Наоборотъ, если отношеніе нормъ къ юридическому сознанію есть ложное, не отражающее его, навязанное, то никакое насиліе и никакія угрозы не успокоятъ характерной для мыслителей этого лагеря *тревоги за будущее* и никогда не приведутъ предусмотрительныхъ къ наивѣренной ими для себя цѣли.

Указанные выше писатели (Гирке и Герберъ) близко сходятся въ данномъ вопросѣ (о силѣ обычая), очень существенномъ для правильнаго разумѣнія природы права; сверхъ того они оба германисты. Это, однако, не значитъ, чтобы они вообще одинаково понимали свои задачи. Герберъ, противуполагая романизму германизмъ (понятый, натурально, въ смыслѣ Ausstossungsprocess'a всего не нѣмецкаго) отожествляетъ понятіе Romanismus u. Iurisprudenz, съ одной стороны, и Germanismus и Dilletantismus, съ другой (см. Vorwort къ над. System въ 1885 г.; въ 17-мъ изд. это стр. XII). Гирке, въ отвѣтъ, не находитъ словъ, чтобъ наложить такъ сказать національный интердиктъ на эту книгу Гербера и восклицаетъ in diesem deutschen Recht (System Gerber'a) ist die deutsche Seele getödtet (D. Pr., стр. 92). Въ элегическомъ духѣ пишетъ, въ виду колебаній современнаго правосознанія, E. Immanuel Bekker указанную выше брошюру съ своеобразнымъ заглавіемъ: „Recht muss Recht bleiben Heidelberg.“ 1896.

тельная дѣятельность въ спеціальныхъ законахъ, важныхъ для цивильнаго быта, суть слѣдующія: торговое право, патенты на изобрѣтенія, огражденіе права авторскаго, банковое дѣло, желѣзно-дорожное, почтовое и телеграфное, законы о процентахъ, отмѣна личнаго содержанія за долги, законы о разныхъ видахъ союзовъ и товариществъ съ различными экономическими цѣлями, о подданствѣ, его принятіи и прекращеніи, о дѣеспособности лицъ, способахъ удостовѣренія гражданскаго состоянія и заключенія брачнаго союза (6 февр. 1875 г.), обширные законы о судоустройствѣ и судопроизводствѣ гражданскомъ и о конкурсномъ процессѣ (всѣ 3 отъ 1877 года).

Главнѣйшія мѣры объединенія права коснулись, стало быть, вопроса о лицахъ, способахъ удостовѣренія ихъ гражданскаго состоянія и формѣ совершенія браковъ, правоспособности коллективныхъ единицъ, способовъ огражденія правъ одинаковыми для всѣхъ процессуальными средствами, общаго огражденія разныхъ видовъ промышленной дѣятельности и организаціи служащихъ ея цѣлямъ публичныхъ установленій.

Это, за небольшими исключеніями, область нормъ собственно подготовительныхъ для осуществленія, имѣющаго наступить *правообщенія въ сферѣ институтовъ гражданскаго права.* Самые эти институты едва затронуты по связи ихъ съ указанными матеріями [1]).

Нѣкоторыя стадіи этой подготовительной дѣятельности у французовъ задолго предшествуютъ période intermédiaire, каковъ, напр., гражданскій процессъ, другія входятъ въ рядъ законовъ этого періода, какъ законъ о совершеніи брака (гражданскаго, о чемъ позже) и о способахъ удостовѣренія гражданскаго состоянія лицъ. Но какая глубокая разница между законодательнымъ движеніемъ французскаго période intermédiaire и этимъ движеніемъ спеціальныхъ законовъ новой имперской компетенціи! У французовъ уже до 89 года шла постоянная работа уравненія и сближенія помощью общихъ источниковъ права самаго строя гражданскихъ институтовъ. Въ période intermédiaire снесены были послѣднія препятствія, стоявшія на пути къ юридическому равенству всѣхъ и каждаго въ ясно обозна-

[1]) Лучшимъ систематическимъ пособіемъ для того, чтобъ ориентироваться въ вопросахъ современнаго имперскаго гражданскаго права можетъ служить работа профес. Густава Мандри „Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze, systematisch zusammengestellt u. verarbeitet. Dritte ergänzte u. durchgesehene Aufl. 1885 г. Въ работу проф. Мандри входитъ не только содержаніе имперскихъ законовъ, но и судебн. практика и литературн. указанія. Теперь 4-е изд. Geib'a.

ченномъ и для всѣхъ одинаковомъ кругѣ цивильныхъ институтовъ, вполнѣ обособившихся отъ примѣсей элементовъ не цивильнаго свойства, политическихъ, сословныхъ и проч. Оттого тамъ фиксированіе права въ новомъ кодексѣ составляетъ дѣйствительно моментъ возрожденія національнаго юридическаго быта страны, и этимъ моментомъ французы въ правѣ опредѣлять грань своего droit ancien и droit nouveau, какъ римляне обозначали з — нами XII таблицъ такую же грань двухъ эпохъ праворазвитія въ своей исторіи.

Какъ шло дѣло кодификаціи? Одинъ изъ позднѣйшихъ писателей, загадывавшій и вмѣстѣ, понятно, предупреждавшій кодификаторовъ противъ опасныхъ ошибокъ, о содержаніи все еще скрытаго отъ публики проекта кодекса, Оттонъ Бэръ, предполагалъ, что кодексъ долженъ будетъ заключать въ себѣ *до шести тысячъ артиклей*... Достовѣрныхъ свѣдѣній, очевидно, не имѣлъ и самъ О. Бэръ, которому открыты весьма многія тайны теперешней нѣмецкой цивильно-процессуальной практики. Предположеніе Бэра основывалось на томъ, что дѣйствующее право *далеко не объединено и представляетъ собою массу партикуляризмовъ*. Кодексъ такихъ размѣровъ Бэръ объявляетъ заранѣе совершенно нежелательнымъ, ибо единственный результатъ, котораго такимъ образомъ легко достигнуть, будетъ состоять въ томъ, что нѣмецкій юристъ, за этой массой артиклей, забудетъ вовсе связь съ первоисточниками дѣйствующаго права. У Бэра возобновлялись тѣ опасенія, какія выражалъ Савиньи въ 1814 году.

Весной 1888, въ тяжелую для Германіи пору послѣдовательной кончины двухъ императоровъ, стали появляться сначала Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, потомъ, одинъ за другимъ, весной же и лѣтомъ, пять большихъ томовъ мотивовъ (Motive zu dem Entwurfe).

Прошло немного мѣсяцевъ, мы не имѣли еще, очень важнаго для цѣльности картины, *законопроекта о введеніи въ дѣйствіе проектированнаго кодекса*, а уже тѣмъ временемъ образовалась цѣлая литература, критикующая проектъ въ цѣломъ и частяхъ. Поздней осенью появился Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche.

Прежде всего проектъ, сверхъ ожиданія, поражаетъ небольшимъ количествомъ артиклей. Ихъ всего 2,164, меньше чѣмъ въ Code civil (2,281) и въ нашемъ X т. ч. I (2,334). Расположеніе матеріи общепринятое въ современныхъ учебникахъ пандектнаго права, съ однимъ отступленіемъ, не новымъ въ нѣмецкой кодификаціонной практикѣ: *1-я книга*, часть общая

(юридическія нормы, лица, сдѣлки, неосторожность, ошибка, опредѣленія времени, давность притязаній, самопомощь, судебное рѣшеніе, доказательства, удостовѣреніе и обезпеченіе); *2-я книга*—право долговыхъ отношеній (собственно обязательственное право, названное здѣсь Recht der Schuldverhältnisse) съ четырьмя главными подраздѣленіями: a, общія положенія, b, долговыя отношенія изъ сдѣлокъ между живыми, c, изъ недозволенныхъ дѣяній, d, изъ иныхъ основаній; *3-я книга* — право вещное: a, общія положенія, b, владѣніе и держаніе вещи, c, общія положенія о правахъ на земельные участки, d, собственность, e) право предпочтительной покупки, f, наслѣдственное право застройки, g, сервитутное право, h, реальныя тягости, i, право залога и поземельный долгъ; *4-я книга* — семейное право (съ родствомъ и опекой); 5-я книга — право наслѣдованія.

Вотъ содержаніе проекта.

Затѣмъ — вопросъ: составляетъ ли такой кодексъ *по своему содержанію* кодексъ общаго права, опредѣляющій собою юридическій бытъ Германіи такъ, какъ Code civil опредѣляетъ собою юридическій бытъ Франціи? Мы на это отвѣчаемъ отрицательно. Въ этомъ кодексѣ (проектѣ) выработаны именно начала общаго права, но этими началами общаго права *вовсе не опредѣляется такъ юридическій бытъ современной Германіи, какъ подобными же началами опредѣляется юридическій бытъ современной Франціи.* Когда Франція создавала свой Code civil, всѣ остатки средневѣковой розни и средневѣковыхъ союзныхъ формъ лежали въ развалинахъ передъ всемогуществомъ новаго государства. Рядомъ съ этимъ Code civil не удержалъ въ силѣ, какъ мы это видимъ въ Германіи, безчисленныхъ партикуляризмовъ и привилегій, характеризующихъ время безсилія государственности и представляющихъ безконечно разнообразныя сплетенія цивильнаго права съ нецивильными элементами. Чтобы составить кодексъ, который дѣйствительно обнимаетъ современный юридическій бытъ Германіи, какъ обнимаетъ и опредѣляетъ собою Code civil юридическій бытъ Франціи, конечно, въ немъ должно бы, какъ приблизительно разсчитывалъ О. Бэръ, оказаться до 6000 артиклей. И такой кодексъ не былъ бы кодексомъ *общаго права*, а лишь *сводомъ* (пожалуй, общимъ) всѣхъ дѣйствующихъ нормъ, какъ общаго права, такъ и партикулярныхъ правъ (работа, которую, какъ увидимъ, и у насъ задумывали, но остановили по ея безцѣльности; приблизительно это то, что Böhlau и

другіе называютъ allgemeines Recht — общій сводъ всего, что есть, а не gemeines Recht въ смыслѣ общаго права [1]).

Что же это за кодексъ? Мы назвали бы его *по его назначенію* соединительнымъ кодексомъ, code ceinture, какъ называютъ соединительнымъ путемъ такой путь, который открываетъ ближайшее сообщеніе между линіями, идущими собственно врозь. Вотъ, что мы хотимъ этимъ сказать. Современный юридическій бытъ Германіи заключаетъ въ себѣ еще такую массу партикуляризмовъ, что именно въ этомъ его характерная особенность, отличительная черта отъ Франціи. Въ этихъ условіяхъ элементы права общаго не могутъ обнять вполнѣ и опредѣлить собою этотъ бытъ, какъ ими опредѣляется бытъ Рима или современной Франціи. Эти элементы не въ состояніи охватить собою дѣйствительность, какою она представляется намъ въ настоящее время. Но нѣкоторыя начала общности Германія знаетъ. Ихъ съ каждымъ столѣтіемъ становится замѣтно больше. Склонность къ партикуляризму уступаетъ, но лишь по немногу, мѣсто другимъ явленіемъ. Въ текущія два десятилѣтія въ этомъ направленіи сдѣлано много въ томъ смыслѣ въ особенности, что право общее идетъ не in subsidium только, въ виду недостаточности партикулярныхъ нормъ, какъ у насъ въ Остзейскомъ краѣ, а наоборотъ, хотя не всѣ такъ думаютъ. Но, при всемъ томъ, за общими цивильными институтами, которые нашли себѣ мѣсто въ проектѣ, Einführungsgesetz, т.-е. законъ о введеніи въ дѣйствіе кодекса, предполагаетъ *оставить нетронутыми такую массу земскихъ мѣстныхъ нормъ*, что для отдѣльныхъ земель (напр, Мекленбургъ) задача правообщенія останется почти совсѣмъ невыполненной.

Длинный списокъ такихъ особыхъ правъ даетъ намъ Einführ.-Ges., dritter Abschnitt, озаглавленный такъ: „Отношеніе гражданскаго кодекса къ земскимъ законамъ“ (стр. 146 и слѣд.). Для земскихъ правъ здѣсь предположено даже оставить обычай какъ источникъ права, отмѣняя силу обычнаго права только для сферы имперской компетенціи (стр. 148).

Мы находимъ въ этомъ спискѣ многочисленныя Sonderrechte, особыя права владѣтельныхъ особъ съ ихъ фамиліями, права прежнихъ имперскихъ дворянскихъ фамилій, высшаго дворянства, семейные фидеикомиссы, лены, разные виды заповѣдныхъ имѣній, регальныя права, разнообразныя права принудительнаго, за-

---

[1]) Aus dem B. G. B. (инціалы заглавія новаго кодекса) lässt sich hiernach auch nicht annähernd allein ein richtiges Bild des deutschen Rechtszustandes gewinnen, говоритъ Дернбургъ о новомъ кодексѣ (D. bürgerl. Recht... т. 1, 1 вып., стр. 11).

претительнаго и отягощающаго недвижимости характера (Zwang-Bann-Rechte), значительно умаленныя, но не устраненныя новыми имперскими положеніями о промышленности, особые институты юридическихъ лицъ, гдѣ часто право частное неразрывно сплетено съ публичнымъ, институты церковные, положеніе о монашествующихъ, разнообразныя отступленія отъ общаго порядка защиты и охраненія гражданскихъ правъ, въ особенности захватъ чужого имущества для самозащиты и огражденія нарушеннаго права (Pfändungsrecht, Privatpfändung), остатки старинныхъ институтовъ крестьянскаго права и прочее. Хотя многіе изъ этихъ институтовъ и правъ далеко не носятъ на себѣ чисто цивильнаго характера, не менѣе того они глубоко вторгаются именно въ область тѣхъ отношеній, гдѣ при уравненіи правъ имѣли бы приложеніе чисто цивильныя нормы, и видоизмѣняютъ юридическій бытъ страны къ невыгодѣ общности и равенства.

Проектъ новаго кодекса, какъ мы видѣли выше, вовсе не касается цѣлаго ряда вопросовъ, близкихъ гражданскому праву, но имѣющихъ составить и уже составляющихъ нынѣ область спеціальныхъ законовъ и, съ другой стороны, сохраняетъ разные остатки средневѣкового быта въ сферѣ земской компетенціи. Мы, посему, въ правѣ сказать, что онъ не обнимаетъ собою всего цивильнаго быта страны, какъ Code civil, не поглощаетъ въ системѣ нормъ новаго права правоотношенія стариннаго типа, *не новируетъ стараго права*, а лишь ищетъ объединить розныя до сего области правоотношеній и нормъ насколько это возможно въ данныхъ историческихъ условіяхъ нѣмецкаго политическаго и соціальнаго быта. Это, по своему назначенію, не кодексъ единаго и общаго права, коего не создала исторія нѣмецкой націи, а система объединяющихъ пестроту разныхъ правъ нормъ, скорѣе Verbindungs-Gesetzbuch, code ceinture, чѣмъ code de droit civil commun pour tout le royaume.

Если таковъ этотъ кодексъ *по его назначенію*, то что представляетъ онъ собою *по существу?* Мы постараемся отвѣтить словами нѣмецкихъ критиковъ проекта, особенно О. Бэра и О. Гирке. О. Бэръ даетъ свое Schlagwort: *это маленькій Виндшейдъ*! — Нѣкто г. Рингъ очень смущенъ этимъ отвѣтомъ и находитъ его злымъ. Для кого? Для Виндшейда—это великая честь, дать жизнь такому учебнику, изъ коего можно образовать цѣлый дѣйствующій кодексъ. Несомнѣнно, что учебникъ по манерѣ котораго имѣетъ быть созданъ будущій законъ, выигрываетъ въ глазахъ всякаго цѣнителя, и что сверхъ 6 наличныхъ его изданій (въ 87 г. вышло 6-ое, посвященное президенту ко-

дификаціонной коммиссіи д-ру Папе), онъ будетъ издаваться еще много разъ, не-смотря на зарокъ автора въ день седанской битвы [1]). Для кого же крылатое слово Бэра колко? Мы думаемъ, для тѣхъ, кто ожидаетъ, что современная Германія можетъ создать національный, свой, ей, ея духу, ея исторіи обязанный своимъ существованіемъ гражданскій кодексъ, который дастъ при этомъ странѣ ея общее право. Этого не вышло и выйти не могло. Злой намекъ въ этой квалификаціи „der kleine Windscheid" заключается въ томъ, что самъ Виндшейдъ большой, der grosse Windscheid, есть не болѣе какъ весьма хорошо выполненный учебникъ современнаго *римскаго*, а не германскаго права. Въ кодексѣ найдется очень немного такого, чего вовсе нѣтъ въ обыкновенномъ руководствѣ пандектовъ. Это развѣ какой-нибудь институтъ договоръ въ пользу 3-го (иначе названный въ проектѣ; у Виндшейда, это есть § 316), реальныя тягости, договоръ о наслѣдствѣ, значительныя видоизмѣненія въ строѣ современной семьи. Въ остальномъ кодексъ представляетъ собою, какъ и учебникъ Виндшейда, usus modernus, hodiernus juris romani, это System des heutigen römischen Rechts... Не только основа работы не есть нѣмецкая, а римская, но и путь рецепціи и способъ освоенія и примѣненія этой основы къ условіямъ современнаго соціальнаго и экономическаго строя не представляетъ собою ничего въ особенности нѣмцамъ принадлежащаго, имъ одолженнаго своимъ существованіемъ. Это *общее достояніе современной европейской культуры права*, на которое притязаніе нѣмцевъ имѣютъ тѣ же основанія, что и притязанія итальянцевъ, испанцевъ, нидерландцевъ, французовъ, чеховъ, поляковъ, которые всѣ поочереди участвовали въ переработкѣ римскаго права для цѣлей его примѣненія въ новой Европѣ. Это отнюдь не національное нѣмецкое достояніе, какое хотѣли бы видѣть въ имперскомъ кодексѣ страстно ожидавшіе его появленія патріоты...

Натурально, при этомъ, существеннѣйшее отличіе кодекса отъ Виндшейда будетъ заключаться въ томъ, что мнѣнія ученаго подлежатъ спору, опроверженію въ виду ихъ ошибочности, и тѣ же мнѣнія, принятыя въ составъ легальныхъ параграфовъ, становятся безспорными и неопровержимыми.

Отзывы обоихъ виднѣйшихъ покуда критиковъ проекта (Бэра и Гирке) сходятся въ томъ, что языкъ очень тщателенъ, *не слышно латинскаго подлинника*, терминологія достаточно онѣмечена, хотя Бэръ сомнѣвается, чтобъ текстъ проекта сталъ оттого

[1]) Посмертное изд. 99 г. (8-ое вообще) принадлежитъ Кірр'у (указанія на B. G. B.).

понятнымъ для неподготовленнаго къ дѣлу спеціальными штудіями юриста. Покуда это, конечно, похвала, но не самостоятельной творческой силѣ, а способности переработки и освоенія чужого. Профессоръ Гирке выражаетъ свои мысли много простодушнѣе, чѣмъ Бэръ. Онъ не можетъ скрыть своего огорченія— это не нѣмецкое, не творческое, не народное, проектъ не на высотѣ потребности въ обновленномъ соціальномъ и нравственномъ строѣ гражданскаго быта... Это безсердечная, голая абстракція, суровый формализмъ!.. Тутъ исключительно — римская, для нашего времени отзывающаяся манчестерствомъ, идея права, гдѣ все направлено къ индивидуальной пользѣ, и только... Допуская, что языкъ проекта очищенъ отъ чужестранныхъ реченій (собственно чужестранныхъ для нѣмцевъ, а не для подлинной этимъ понятіямъ рѣчи), Гирке находитъ его беззвучнымъ для народнаго (нѣмецкаго) слуха, блѣднымъ, безцвѣтнымъ для нѣмецкаго глаза... Въ цѣломъ и въ частяхъ пониманіе проекта доступно не простому здравому смыслу, а лишь разуму *юриста божіей милостью* (тоже Бэръ, утверждающій, что и ему не все легко далось въ проектѣ и мотивахъ).

Возможно вполнѣ стать на точку зрѣнія этихъ цѣнителей, въ особенности откровенно показанную почтеннымъ О. Гирке.

Но справедливо ли цѣнить работу составителей кодекса не по той задачѣ и не потому плану, который сдѣланъ былъ обязательнымъ для исполнителей, а по совершенно произвольному, коему они не могли слѣдовать? Вы находите эту ошибку въ пріемѣ оцѣнки у О. Гирке въ особенности. Если бы составителямъ было предложено написать гражданскій кодексъ *по началамъ права германскаго*, при семъ такъ, чтобъ онъ вмѣстѣ сталъ *общимъ для всѣхъ территорій*, мы не сомнѣваемся, никто изъ наличныхъ членовъ коммиссіи сдѣлать этого не взялся бы. Причина совершенно простая—*общаго гражданскаго права національнаго происхожденія*, притомъ законченнаго и цѣльнаго, Германія вовсе не знаетъ.

То, что было налицо *общаго и цивильнаго* въ нѣмецкой жизни, проектомъ дано, и если это цивильное оказывается только онѣмеченнымъ рѣчью кодекса *чужимъ* достояніемъ, а вовсе не нѣмецкимъ по происхожденію, и если съ другой стороны, это *чужое общее* отчасти лишь связываетъ розни національныхъ институтовъ, а не захватываетъ глубоко и полно всего историческаго быта страны, то причина не въ составителяхъ кодекса, не въ ихъ неумѣньи, а въ природѣ права, національной и исторической, не допускающей произвольной постановки его задачъ и

цѣлей по усмотрѣнію пусть даже самыхъ дальновидныхъ политиковъ.

Какой же практическій выходъ изъ трудной дилеммы?

Оттонъ Бэръ, теперь уже покойный, думалъ, что *ничего законченнаго и цѣльнаго въ смыслѣ системы цивильныхъ институтовъ наше время создать не можетъ. Національную потребность въ единомъ правѣ надлежитъ удовлетворять разработкой отдѣльныхъ законодательныхъ актовъ.* При этомъ цѣльной системой общаго права могла бы остаться та, которую даетъ намъ современная наука общаго гражданскаго права. Такой выходъ предохранилъ бы Германію отъ опаснаго разрыва съ научными преданіями, составляющими плодъ *двутысячелѣтней* неустанной *работы мысли*, замѣнить которую невозможно ничѣмъ. Заклятіе всякой кодификаціи состоитъ въ томъ, что работа этого рода требуетъ закругленной отдѣлки всѣхъ частей системы, не выключая и тѣхъ матерій, овладѣть которыми въ данное время не въ силахъ никакія кодификаціонныя коммиссіи.

Таковы личные взгляды Бэра. Не менѣе того онъ хорошо знаетъ, что отъ него ни въ малѣйшей степени не зависитъ измѣнить направленіе мыслей въ руководящихъ сферахъ, и вся задача, въ этихъ условіяхъ, должна практически ограничиться тѣмъ, чтобы внести сколько можно улучшеній въ проектъ коммиссіи 88-го г., введеніе коего въ этомъ видѣ въ жизнь *стало бы роковымъ* для нѣмецкаго права. [1])

§ 11.

Коммиссія для выработки Второго чтенія. — Призывъ Виндшейда. — Неодинаковый смыслъ требованія „народности“ отъ кодекса. — Отрицательная критика Второго чтенія. — Напутствіе Зома. — Голосованіе въ Рейхстагѣ. — Характерныя черты; уступки и соглашенія интересовъ разныхъ группъ. — Критерій народности, единства и общности въ примѣненіи къ новому Уложенію. — Разрывъ съ традиціей общаго права и укрѣпленіе старыхъ партикуляризмовъ. — Новая школа юриспруденціи. — Опасенія Лёнеля.

Тѣмъ временемъ, масса литературной работы, выполненной нѣмецкими юристами, по поводу Проекта, уже въ 90-мъ году приняла такіе размѣры, что для частнаго лица не было возможности осмотрѣться въ этомъ обиліи матеріала. Рѣшено было составить официальный сводъ замѣчаній на проектъ (Zusammenstel-

[1]) См. частью стат. Бэра въ Krit. Vierteljahrschr. № 31 и Vorwort къ его Gegenentwurf'y.

lung der gutachtlichen Aeusserungen zu dem Entwurfe), который и былъ разосланъ компетентнымъ людямъ. Въ руководящихъ кругахъ вскорѣ пришли къ убѣжденію, что редакція 88-го г. не можетъ пройти законодательныхъ инстанцій, и вслѣдъ за симъ, въ 90-мъ же году, постановленіемъ союзнаго совѣта образована новая коммиссія для выработки *Второго чтенія* (Zweite Lesung).

Мнѣнія направленныя противъ кодификаціи оставлены безъ вниманія. Профессоръ Ernst Zitelmann (Боннъ) находилъ, что отсрочка кодификаціи составила бы ein nationales Unglück. Казалось, появленіе самого Савиньи вновь на сценѣ не остановило бы болѣзненнаго влеченія кодифицировать. Судьба, дѣйствительно, избавила Германію отъ этого національнаго несчастія, хотя тѣмъ временемъ потребовалось новое изданіе знаменитой его брошюры Ueber den Beruf... Виндшейдъ, переживній весь первый натискъ критики Перваго чтенія, настаивалъ, что каковъ бы ни былъ проектъ, онъ все равно вызоветъ ту же бездну разногласій. Тономъ врача, примиряющаго больного съ непріятнымъ леченіемъ, онъ, для успѣха дѣла, призывалъ всѣхъ къ *самоотреченію*—Ieder muss resigniren!

Общее направленіе дѣла, за уходомъ Бисмарка, оказалось въ рукахъ энергичнаго министра финансовъ доктора Микеля. Въ составъ коммиссіи, вмѣсто большинства ученыхъ, введены практики, экономисты, дѣльцы, вожди парламентскихъ группъ.

Въ скоромъ времени стало ясно, что у руководящихъ лицъ взялъ верхъ планъ простой переработки 1-го проекта, Aufbau, Umbau, согласно требованіямъ критики, въ видахъ скорѣйшаго приведенія дѣла къ концу, а не Neubau, не замѣны стараго проекта совсѣмъ новымъ. По мѣрѣ выполненія, отдѣльныя части всей работы тотчасъ появлялись въ печати.

Призывъ, въ связи съ задачей кодификаціи, *обновить соціальный бытъ* Германіи, оставленъ безъ отвѣта. Задачу кодификаціи находили достаточно трудною, безъ этого осложненія ея еще соціальными проблемами, которыя могутъ-де подвигаться къ разрѣшенію своимъ путемъ.

Въ этихъ границахъ множество голосовъ требовало *приближенія будущаго кодекса къ народному смыслу*.

Не всѣ одинаково понимали эту задачу. Въ нѣкоторой группѣ требованіе Volksbuch'а толковалось въ томъ направленіи, чтобы выработать такой руководящій кодексъ, который разъ навсегда *устранилъ бы необходимость посредства юристовъ* въ дѣлѣ примѣненія юридическихъ нормъ. Идеалъ кодекса, такъ понятый, практически сводился бы къ той цѣли, которой искалъ достиг-

нуть, хотя и безуспѣшно, Прусскій ландрехтъ. За этими планами легко было прочитать и скрытые виды политическихъ людей дать этому Ландрехту новую жизнь и поставить больше или меньше все нѣмецкое право auf den preussischen Fuss. Недаромъ же основа права сводилась къ разсчету предусмотрительныхъ для близорукихъ, къ волѣ законодателя, умѣющаго мыслить по-философски и выражаться по-мужицки; недаромъ, наконецъ, изъ тѣни забвенія выдвигалась фигура „геніальнаго“ Шварца, создавшаго прусскій ландрехтъ. Начальный руководитель Втораго чтенія Боссе поднялъ знамя Іеринга съ его девизомъ „Der Zweck ist der Schöpfer des Rechtes“, сдѣлавъ его такимъ образомъ герольдомъ новой кодификаціонной эпохи.

Между тѣмъ осуществимость *подлиннаго идеала*, настоящей Volksbuch, въ современныхъ условіяхъ далеко не безъискусственнаго экономическаго строя и при наличности весьма неодинаковыхъ ступеней развитія въ массахъ, конечно, имѣла очень мало вѣроятія.

Другой смыслъ *народности* въ кодексѣ есть тотъ, который ей даютъ германисты. Это собственно особый строй институтовъ германскаго типа (Deutschthum), который покуда у всякаго мастера выходитъ на свой ладъ и, сверхъ того, вовсе не представляетъ ничего сейчасъ готоваго въ смыслѣ законченной цивильной системы.

Наконецъ, и только здѣсь мы приходимъ къ цѣли, есть еще болѣе отдаленный смыслъ *національности въ правѣ*, который нѣмецкіе юристы умѣютъ примѣнять и къ этому явленію. Вотъ онъ.

Мы приводимъ подлинныя слова профес. Цитльмана (Боннъ) въ указанномъ его трактатѣ. Wir wollen, говоритъ Ц., ein *deutsches Recht*, aber *deutsch ist das auch was die Römer für die ganze Welt erdachten* und was unser Volk mit Noth und Schmerzen, mit gewaltigen Gedankenarbeit sich zu echtesten Eigen gemacht hat

Желаетъ или нѣтъ боннскій профессоръ именно такого кодекса,—сомнѣній не можетъ быть, что только такой *нѣмецкій кодексъ, коего вся основа соткана изъ латинскаго матеріала*, будетъ предложенъ во второмъ и въ третьемъ чтеніи [1]) для им-

[1]) Начиная съ 90 года, Оттонъ Бэръ сталъ по частямъ публиковать свой контрпроектъ. Славнаго мужа, уже весьма обремененнаго годами, въ его едва вѣроятномъ предпріятіи поддерживалъ цѣлый кругъ ученыхъ друзей и почитателей. Въ январѣ 92 года колоссальная работа была закончена. Бэръ сдѣлалъ что могъ въ цѣляхъ предотвращенія роковой неудачи. Многія части проекта 88 года оставлены такъ, какъ онѣ были написаны, не потому, однако, прибавляетъ Бэръ, чтобъ онъ считалъ ихъ безупречными.

перскихъ законодательныхъ инстанцій, ибо иного кодекса *общаго гражданскаго права* современная Германія создать не можетъ.

Что скажутъ въ виду этого несомнѣннаго итога многочисленные проповѣдники Ausstossungsprocess'a?

Такимъ образомъ основательные упреки Первому чтенію касаются *не его источника*, а собственно, и главнымъ образомъ, его манеры, его учебнаго тона, его академическаго пошиба. Въ немъ именно нѣтъ вовсе необходимаго практическаго закала. Это будто не актъ законодательства, а книжка для юристовъ.

И вотъ требованія, предъявленныя въ этомъ смыслѣ *второму чтенію*, формулируются окончательно такъ: намъ нуженъ *законникъ для* полнаго *солнечнаго освѣщенія, для площади, не для зеленаго стола, не для ламповыхъ рожковъ.*

Въ октябрѣ 95-го г. работа была окончена, и Второе чтеніе внесено въ Союзный совѣтъ, который принялъ новую редакцію послѣ незначительныхъ исправленій.

Все это время, включая и начало 96-го года [1]), отрицательная критика не только противъ Перваго, но и противъ Второго чтенія не прекращалась. Въ числѣ рѣшительныхъ противниковъ изъ лагеря романистовъ, первое мѣсто слѣдуетъ дать одному изъ виднѣйшихъ современныхъ пандектистовъ, берлинскому профессору Гейнриху Дернбургу; изъ лагеря германистовъ въ рядахъ оппозиціи продолжалъ стоять Оттонъ Гирке [2]).

Дернбургъ подалъ голосъ противъ Второго чтенія въ палатѣ господъ, настолько онъ находилъ его далеко отстоящимъ отъ требованій яснаго и живого отраженія права на основѣ народнаго сознанія. Въ минуту, однако, когда Союзный совѣтъ принялъ Второе чтеніе, Дернбургъ, какъ бы сквозь слезы, слѣдуя призыву Виндшейда, призналъ неизбѣжность самоотреченія.

Второе чтеніе тѣмъ временемъ, вслѣдствіе многократныхъ передѣлокъ, настолько поистрепалось [3]), что найдено было необходимымъ дать ему немножко соотвѣтствующую торжественности мгновенія (внесеніе въ рейхстагъ) приглаженную внѣшность, и

---

[1]) Въ 95 г. появилось новое изд. d-r'a Reatz'a. Die Litteratur ü. d. Entwurf e, bürg. Gesetzbuches f. d. Reich. См. статью А. Ѳ. Волкова въ Журн. Юр. Общ. 97 г. кн. 1, стр. 64 и слѣд.

[2]) См. брошюры обоихъ названныхъ ученыхъ изд. въ 96 г., Дернбурга — Persönliche Rechtsstellung nach dem bürgerl. Gesetzbuch, Гирке — Das bürgerl. Gesetzbuch u. d. deutsche Reichstag (Sonderabdruck aus der Täglichen Rundschau).

[3]) Въ книжной торговлѣ оно носило названіе третьяго чтенія, что неосновательно. Докладъ комиссіи рейхстага съ ея заключеніями и указаніемъ всего состава членовъ и докладчиковъ изд. подъ заглав. Bericht. der Reichstagskommis. über d. Entw. eines bürg. Gesetzb. u. Einfuhr. gesetz. Berlin. C. Heumanns Verlag. 96 г.

для этой цѣли послѣдній, такъ сказать, ударъ кисти возложенъ былъ на почтеннаго германиста Рудольфа Зома.

Уже въ іюнѣ 96 года проектъ, съ патріотическимъ напутствіемъ Зома, несомнѣнно произведшимъ тотъ эффектъ, на который оно разсчитано, поступилъ на разсмотрѣніе рейхстага. Это сердечное напутствіе стоитъ того, чтобы его передать дословно. Оно представляетъ собою, для германиста въ особенности, тоже весьма серьезный актъ *самоотреченія*. Зомъ выразилъ желаніе, чтобы это *новое царственное облаченіе, все изъ единой и цѣльной ткани, замѣнило собой старый пестрый сшивокъ нѣмецкаго права изъ разныхъ клочьевъ, настоящій костюмъ арлекина*!

Парламентскіе дебаты шли съ поразительной быстротой. Потребовалось *меньше десяти дней* (отъ 18 до 27 іюня), чтобы пропустить черезъ голосованіе (durchjagen, durchpeitschen) весь этотъ очень сложный законопроектъ вмѣстѣ съ закономъ о введеніи его въ дѣйствіе. Для обряда 3-го чтенія оказалось достаточно всего еще двухъ дней. Эта поспѣшность [1]) имѣла свои основанія, въ разсмотрѣніе которыхъ мы не входимъ и которая стоила разныхъ уступокъ духу партій, раздѣляющихъ рейхстагъ на довольно враждебные лагери.

Въ цѣломъ *система* Второго чтенія не представляетъ существенныхъ измѣненій. Она та же, какую мы видѣли выше, разсматривая Первое чтеніе. Затѣмъ. сильнѣйшія *жертвы* были принесены прусской государственной идеѣ и господствующимъ въ прусскихъ кружкахъ, еще съ прошлаго вѣка, воззрѣніямъ на природу права, чисто механическимъ и вполнѣ воспроизведеннымъ ученіями Ihering'a. Это особенно обнаруживается въ наиболѣе характерномъ для этихъ взглядовъ пунктѣ, въ воззрѣніи на *источники права*. Первое чтеніе, при всей уступчивости его составителей въ этомъ направленіи (см. выше), не удовлетворило парламентской коммиссіи, и она рѣшила *вовсе выбросить оба его первые параграфа, трактовавшіе право обычное и аналогію*, какъ способъ толкованія юридическихъ нормъ, *не замѣнивъ ихъ ровно ничѣмъ*.

---

[1]) Проф. Леонгардъ въ небольшой статьѣ для одного голландскаго журнала (но нѣмецки отдѣльн. оттиски подъ заглавіемъ Die Vollendung d. deutsch. bürg. Ges.-buches, 1897 г.) далъ любопытныя подробности всего движенія дѣла въ рейхстагѣ. Поспѣшность была настолько лихорадочною, что засѣданія не прерывались и тогда, когда не оставалось на лицо необходимаго для состава засѣданій числа депутатовъ. Счетъ наличности производили по оставленнымъ на мѣстахъ шляпамъ гг. депутатовъ. За то нѣкоторые, возвращаясь (со встрѣчи Ли-хун-чанга), съ прискорбіемъ узнавали объ измѣненіи ихъ отцовскихъ правъ отмѣной реквизита родительскаго согласія для брака дѣтей старше 21 г. Другіе, съ сокрушеніемъ освѣдомлялись, что предѣлъ дозволенныхъ пожертвованій на main morte поднятъ наличными голосами центра съ 3-хъ на 5 тыс. марокъ.

Въ духѣ современныхъ воззрѣній германистовъ разработана юридическая *защита права лица носить извѣстное имя* (§ 12). Наряду съ прежними основаніями низведенія дѣеспособности лица поставленъ *порокъ пьянства* (§ 6).

Вопреки ожиданіямъ, началу *союзной правоспособности* не дано той свободы развитія, на которой настаивали германисты.

Во многихъ частностяхъ *договорнаго права* рейхстагъ прислушался несомнѣнно *къ интересамъ необезпеченныхъ классовъ* населенія. Такъ, въ договорѣ квартирнаго найма довольно широко допущенъ отказъ нанимателя въ виду неудовлетворительности, съ гигіенической точки зрѣнія, нанятыхъ помѣщеній (§ 44). Подъ вліяніемъ очень оживленной полемики, въ особенности профессора Менгера, расширена защита рабочаго люда отъ опасностей, связанныхъ съ производствомъ работъ, съ неудовлетворительностью помѣщеній, отмѣнена карательная власть нанимателей надъ домашней прислугой (618, 95 Einf. G.), значительно сближены въ юридическомъ смыслѣ понятія о вознагражденіи за наемный трудъ, къ какого бы вида профессіи трудъ и заработокъ ни относился (art 622, 624 [1]), 627).

Допущено абстрактное обѣщаніе долга (781).

Имущественная отвѣтственность лицъ неспособныхъ къ вмѣненію, еще на одинъ шагъ противъ прусскаго ландрехта приближена къ началамъ справедливости (829).

Въ *правѣ вещномъ*, удержавшемъ на практикѣ массу партикулярныхъ нормъ и устарѣлыхъ институтовъ сословнаго типа по обладанію недвижимостями, очень широко и своеобразно развитъ институтъ защищеннаго владѣнія и введены ограниченія права собственности, возбуждающія большія недоразумѣнія у истолкователей (особ. ст. 904, о чемъ позже).

Въ системѣ отношеній *семейныхъ* удержано господствующее положеніе мужа, даже усилено, *въ духѣ прусскаго права*, и въ томъ же духѣ расширено вмѣшательство суда въ вопросы семейныхъ несогласій (1358, 1363, 1379, 1380, 1447). Допущенъ разводъ по причинѣ душевной болѣзни супруга, съ нѣкоторымъ обезпеченіемъ имущественнаго положенія страждущаго (1569, 1583). Здѣсь рѣшили соображенія особой тяжести такихъ бѣдствій опять для рабочаго класса. Повышено нѣсколько имущественное обезпеченіе незаконнорожденныхъ (1705—1718).

---

[1]) Формулировка этой статьи въ проектѣ вызвала энергическій протестъ Dernburg'a въ указ. выше брошюрѣ Persönl. Rechtsstel. VIII—Lebenslängliche Dienstverträge, доказывающей, что проектъ возобновляетъ пожизненное закрѣпощеніе наемника.

Вопросъ объ отвѣтственности наслѣдопринимателя по обязательствамъ изъ наслѣдства поставленъ ближе къ основамъ матеріальной справедливости въ отношеніи къ наслѣднику, съ обезпеченіемъ и интересовъ кредиторовъ.

Въ интересахъ территорій бывшаго французскаго права удержана привычная въ этихъ областяхъ форма testament holographe, нетребующая иной перфекціи, кромѣ начертанія всего текста послѣдней воли собственноручно.

Вотъ немногія характерныя для новаго кодекса черты, свидѣтельствующія или объ упорствѣ борющихся сторонъ (источники права), или о примирительныхъ уступкахъ руководителей борьбы.

Въ дальнѣйшемъ мы будемъ имѣть случай возвращаться не разъ къ содержанію кодекса. Но, конечно, дѣло не въ этихъ подробностяхъ, когда идетъ рѣчь о такомъ громадномъ законодательномъ предпріятіи, какъ *кодификація гражданскаго права* обширной имперіи. Мы видѣли выше, что приманкой для общественнаго мнѣнія въ этомъ предпріятіи, начиная съ 48 года, служила до самаго послѣдняго времени, идея замѣны чужеродной, латинской системы, книгой народной, народнымъ законникомъ, который, несомнѣнно, имѣлъ бы массу преимуществъ, передъ современнымъ состояніемъ писанаго права въ Германіи. Что же, цѣль эта была достигнута кодексомъ 1896 года?

Она нетолько не была имъ достигнута, но теперь, когда пытаются заводить объ этомъ рѣчь, напомнить старую программу, эти мысли встрѣчаютъ какъ признакъ несомнѣнной наивности такихъ вѣрующихъ людей. Невыполнимость такихъ обѣщаній должна быть ясна для каждаго, сколько нибудь свѣдущаго въ дѣлѣ человѣка. Ни о какомъ народномъ законникѣ не могло и не можетъ быть серьезной рѣчи въ условіяхъ современной сложной, и вовсе не принаровленной къ простонародному разумѣнію юридической техники. Все что далъ и могъ дать *народнаго* этотъ кодексъ есть замѣна подлинной для заключающихся въ немъ понятій рѣчи, латинской, рѣчью національной, нѣмецкой [1]).

Ближе къ дѣлу и къ практикѣ вопросъ о вліяніи *кодекса на единство права* въ странѣ, на количественное *расширеніе* въ практикѣ *нормъ общихъ* насчетъ партикуляризмовъ. Это именно тотъ вопросъ, который Рудольфъ Зомъ облекъ въ образъ пор-

[1]) Изъ новыхъ толкователей уложенія съ особеннымъ удовлетвореніемъ провозглашаетъ эту побѣду профессоръ Конрадъ Козакъ, находя въ немъ (частью уже старыми кодексами) смытый съ нѣмцевъ „позоръ подчиненія судамъ, которые руководятся въ своихъ рѣшеніяхъ византійскими, по латыни написанными, законами“ (Lehrbuch., т. 1, стр. 21).

фиры изъ единой и цѣльной ткани, смѣнившей прежній костюмъ арлекина.

Мы разберемъ весь смыслъ этой красивой фразы и подлинное отношеніе новаго кодекса къ живой дѣйствительности.

Начать съ того, что въ смыслѣ *права общаго* для цѣлой Германіи, кодексъ не внесъ ничего или почти ничего, что не составляло бы содержаніе дѣйствующаго у нѣмцевъ общаго права и до сего времени. До появленія имперскаго кодекса все, что включено въ немъ, было правомъ дѣйствующимъ, соотвѣтственно прежнимъ историческимъ условіямъ, или въ составѣ разныхъ ландрехтовъ, или *прямо*, непосредственно, въ видѣ реципированнаго юстиніановскаго права, но въ томъ самомъ составѣ нормъ и институтовъ, въ какомъ это право изображалось обыкновенно въ учебныхъ книгахъ такъ называемаго пандектнаго права.

Въ составѣ этихъ пандектныхъ ученій весьма многое представляетъ собою предметъ не столько позитивнаго, сколько научнаго опредѣленія. Таковъ въ особенности вопросъ о системѣ гражданскаго права, о выдѣленіи общей части, таково ученіе о юридической сдѣлкѣ вообще, о юридическомъ строеніи того или другого института договорнаго, вещнаго, семейнаго, наслѣдственнаго права въ особенности. Многое тутъ составляетъ дѣло юридической логики, такъ назыв. raison écrite, а вовсе не легальнаго авторитета. Наряду съ этимъ есть, натурально, и чисто положительныя опредѣленія, но не въ нихъ характерная черта общихъ нѣмецкихъ пандектныхъ системъ.

Заслуга *новаго свода* развѣ въ томъ, что вмѣсто цѣлаго ряда новыхъ кодифицированныхъ (баварской, прусской, саксонской, Code civil) системъ и прямыхъ источниковъ юстиніанова права, въ немъ все это сведено въ единство, но опять въ то же единство, которое вырабатывалось литературною работою нѣмецкихъ пандектистовъ и практикой судовъ въ теченіе многихъ столѣтій раньше его появленія. Это было довершеніе того очень цѣннаго для политической исторіи молодой имперіи завоеванія, именно расширенія имперской законодательной компетенціи на гражданское право, которое достигнуто Пруссіей уже въ 1873 году.

Что же, однако, произвелъ съ этимъ элементомъ дѣйствовавшаго уже въ Германіи *общаго гражданскаго права* кодексъ 96 года по существу?

Этотъ кодексъ разорвалъ связь названныхъ ученій и нормъ съ ихъ прошлымъ, съ корнями, на коихъ они выросли, устранилъ для будущаго практическое значеніе дальнѣйшей разработки тѣхъ же ученій и институтовъ помощью наличныхъ и нынѣ

столь значительныхъ силъ нѣмецкой научной юриспруденціи и закрѣпилъ *формальнымъ авторитетомъ имперскаго закона* часто несомнѣнно хорошо формулированныя, но далеко не безспорныя и по природѣ своей измѣнчивыя положенія реципированнаго права. Однообразный штемпель *легальнаго* имперскаго авторитета легъ отнынѣ на все содержаніе такъ называемаго общаго нѣмецкаго права, какимъ бы путемъ до сего ни развивались его нормы, путемъ ли права обычнаго, судебно-практическимъ, или научнымъ.

Нельзя скрыть, что въ этомъ именно лежитъ серьезная опасность оскудѣнія въ дальнѣйшемъ развитіи *общаго правосознанія* нѣмецкой націи. Весь прежній широкій потокъ, которымъ шло развитіе общаго права, захваченъ *въ область политическихъ соображеній*, лишенъ притока живительныхъ силъ свободнаго юридическаго творчества и ему насильственно навязанъ характеръ какого-то исключительно-имперскаго достоянія.

Другой вопросъ. Прекративъ, такимъ образомъ, связь *общаго права* и его источниковъ съ прежней ихъ традиціей, разорвалъ ли новый кодексъ также эту связь и для остатковъ старыхъ партикулярныхъ институтовъ и ихъ источниковъ съ ихъ прошлымъ?

Это несомнѣнно могло произойти послѣ того какъ имперская компетенція была распространена на все гражданское право. Нѣчто подобное мы видѣли во Франціи въ такъ называемой période intermédiaire, когда центральная законодательная власть направила всѣ свои усилія къ тому, чтобъ нивелировать *все французское право посредствомъ безпощаднаго разрушенія всѣхъ остатковъ феодальной эпохи* и на этомъ создать свой code de lois communes pour tout le royaume.

Ничего подобнаго въ Германіи не произошло. Германія не могла между своимъ droit ancien и droit nouveau, особенно для старой сферы партикуляристскихъ интересовъ, провести ту грань которую во Франціи провелъ законъ 21 марта 1804 г. (см. выше Кодификацію во Франціи).

Центральная цивильно-законодательная власть очень широко воспользовалась своимъ правомъ *издавать новые законы* по гражданскому праву. Но очень немногіе изъ нихъ были направлены къ цѣли устраненія институтовъ цивильно-политическихъ или цивильно-исповѣдныхъ стараго типа. Таковъ въ особенности законъ 6 февр. 75 г. о секуляризаціи брака и новыхъ способахъ удостовѣрять гражданское состояніе. Въ остальномъ эта масса новыхъ законовъ молодой имперіи вовсе не была направлена на разрушеніе старыхъ партикуляризмовъ въ духѣ французской революціи. И это, конечно, *не могло быть иначе*, ибо законода-

тельная организація нѣмецкой имперіи включаетъ въ себѣ *Союзный совѣтъ*, стоящій именно *на стражѣ стараго земскаго строя* во всѣхъ областяхъ права, кромѣ давно уже, въ прежнихъ условіяхъ, опредѣлившейся системы реципированнаго общаго права.

Какою была нѣмецкая дѣйствительность, такою она натурально и отразилась въ новомъ нѣмецкомъ кодексѣ.

Это явленіе крайне любопытное. Въ задачѣ кодификаціи, которой весь смыслъ, вся цѣна опредѣляется *замѣной* старой *розни* новымъ *единствомъ*, мы находимъ въ тѣснѣйшей связи съ самимъ кодексомъ, какъ его тѣнь, этотъ замѣчательный законодательный актъ, названный *закономъ о введеніи кодекса въ дѣйствіе* (Einführungsgesetz, см. выше) и которому собственно, по его прямому содержанію, много болѣе приличествовало бы наименованіе *закона о невведеніи въ дѣйствіе* названнаго кодекса, Nichteinführungsgesetz'a, ибо именно одинъ рядъ его статей, самый обширный, говоритъ *о неприкосновенности старыхъ партикуляризмовъ*, а другой указываетъ примѣненіе тоже имперскихъ законовъ, которыхъ, однако, не обняла кодификація.

Это не случайныя изъятія изъ господствующаго единства нѣкоторыхъ неудобно-объединяемыхъ матерій по какимъ-либо соображеніямъ редакціоннаго характера. Наоборотъ, *самое единство* кодекса *достигнуто только цѣной этого имперскаго подтвержденія партикуляризмовъ*. Партикуляризмы входятъ какъ *необходимая* составная *часть* въ кодификаціонную *рогацію*. Это несомнѣнно та *цѣна, которою куплено голосованіе самого кодекса*. Съ полной ясностью это обнаружилось при голосованіи обоихъ проектовъ въ рейхстагѣ. Когда по поводу 835 статьи, о правѣ охоты, дѣло коснулось вознагражденія за вредъ и убытки отъ потравы полей зайцами и вообще потравъ, причиняемыхъ дичью (Hasenschaden, Wildschaden), вся консервативная партія, какъ одинъ человѣкъ, поднялась противъ примѣненія *общаго закона въ отдѣльныхъ территоріяхъ*. Разногласіе достигло быстро такой мѣры рѣзкости, что въ руководящихъ кружкахъ возникло прямое опасеніе за успѣхъ голосованія всего кодекса. Пришлось отступить отъ общаго права въ пользу партикулярныхъ нормъ, примѣненіе коихъ и было обезпечено art. 70 и 71 закона о введеніи.

Не одни ли зайцы и фазаны стоятъ на пути соглашенія интересовъ права общаго и партикуляризмовъ въ имперскихъ законодательныхъ инстанціяхъ? Отвѣтомъ на это служатъ безконечные ряды статей (отъ 55 до 153), начинающихся словами: unberührt bleiben... Это все остатки прежнихъ бытовыхъ формъ,

въ коихъ нельзя различить моменты цивильный отъ публичнаго и исповѣднаго, еще очень глубоко залегающіе въ современномъ нѣмецкомъ правѣ. Никто не думалъ поступаться этими *реальными* интересами, органически связанными съ нѣмецкой жизнью, чтобъ достигнуть *идеальной* цѣли дѣйствительнаго и полнаго единства нѣмецкаго гражданскаго права.

Откуда-жъ эти партикуляризмы? Какой ихъ источникъ? Совершенно такъ же, какъ для элементовъ права общаго преобладающій источникъ есть чужая, латинская традиція, такъ и для этихъ партикуляризмовъ источникъ господствующій лежитъ въ своей, германской системѣ институтовъ, въ національномъ нѣмецкомъ правѣ. Если теперешніе юристы видятъ въ единствѣ цѣль, торжество разума, царственное одѣяніе, а въ старой розни костюмъ арлекина, то это буквально та же горечь, которая слышится въ припискѣ стараго составителя Роштокскаго городского права: hier hört das Rostocker Stadtrecht auf und beginnt die gesunde menschliche Vernunft (выше стр. 127).

Въ виду этого понятно, что нѣкоторые представители нѣмецкой науки присвоиваютъ новому кодексу значеніе кодекса общаго права, къ чему собственно и стремилась Германія; другіе отказываютъ ему въ этомъ свойствѣ, видя въ его составѣ, съ одной стороны, дѣйствительно элементы системы права общаго, но съ другой *подтвержденные вновь для дальнѣйшаго примѣненія* авторитетомъ центральной власти *не только старые институты* партикулярнаго права, *но* еще на ряду съ этимъ *и источники такихъ партикуляризмовъ въ мѣстныхъ статутахъ и обычаяхъ.*

Въ результатѣ, *самоотреченія*, котораго требовали для успѣха кодификаціи въ Германіи, оказалось дѣйствительно много, быть можетъ больше, чѣмъ слѣдовало, въ области духовныхъ, *идеальныхъ интересовъ* нѣмецкаго народа. Но ни однимъ изъ интересовъ реальныхъ, *матеріальныхъ*, для достиженія дѣйствительнаго единства нѣмецкаго гражданскаго права, никто и не думалъ поступаться въ Германіи въ теченіе всего période intermédiaire, начиная отъ 74 г., когда поставлена была на очередь идея общаго кодекса, и вплоть до 96 г., когда кодексъ прошелъ всѣ законодательныя инстанціи. И этого нельзя замаскировать никакими кодификаціонными операціями....

Нѣмецкое *гражданское дѣйствующее право стало кодифицированнымъ, но оно не перестало быть розннымъ*, и путемъ кодификаціи не приведено къ дѣйствительному и полному единству, которое собственно и составляло пламенное желаніе лучшихъ людей Германіи.

Если сторонній цѣнитель, не очарованный заранѣе патріотической идеей—ein Kaiser, ein Reich, ein Recht, подойдетъ поближе къ пресловутому плащу, нынѣ будто смѣнившему старый костюмъ арлекина, то онъ легко убѣдится, что плащъ сдѣланъ хотя и изъ единой, но все же изъ крайне рѣдкой, притомъ чужой ткани, а старая рознь осталась той, какой была прежде, вовсе не покрытая царственнымъ облаченіемъ и отрицательно выраженная въ сопутствующемъ кодексъ вводномъ законѣ [1]).

Съ вопросомъ о кодификаціи повсюду, начиная отъ Юстиніана и до позднѣйшаго поборника кодификаціонныхъ операцій въ правѣ, профессора Гёнера (см. выше), фатальнымъ образомъ соединялся вопросъ о школѣ юриспруденціи.

Это одна изъ животрепещущихъ задачъ освобожденной, если не по существу, то *формально*, въ вопросахъ правосудія отъ ига чужой рѣчи въ судахъ современной Германіи. Какъ же разрѣшаютъ эту задачу нѣмецкіе университеты? Мы видѣли выше, что еще до окончательной санкціи кодекса, 65 профессоровъ съѣхались въ Эйзенахѣ, чтобы выработать общій планъ преподаванія въ виду *новой науки* „Гражданскаго кодекса“. Видя, конечно, совершенно ясно, что оба кардинальныя начала (латинское и германское право) не примирены внутреннимъ образомъ въ новомъ кодексѣ, нѣмецкіе ученые находили необходимымъ, *сдѣлавъ кодексъ цѣлью изученія цивилистовъ*, оставить обѣ прежнія главныя дисциплины, римскаго и германскаго права, съ ихъ исторіей и экзегезой источниковъ, основными въ общемъ планѣ будущаго факультетскаго преподаванія. Съ общей дисциплиной германскаго права необходимо въ большей или меньшей мѣрѣ связывать и партикулярные институты по различію ихъ въ разныхъ территоріяхъ.

Все это вмѣстѣ потребуетъ, несомнѣнно, продолжительности курсовъ не меньшей, чѣмъ это было прежде.

Эйзенахская конференція могла придти къ *общимъ* резолюціямъ, лишь оставивъ совсѣмъ въ сторонѣ всю детальную разработку плана, въ которой трудно было ожидать единодушія [2]).

Послѣ этой конференціи появилась масса отдѣльныхъ предположеній, чѣмъ ближе разрабатывавшихъ, тѣмъ далѣе расходившихся программъ преподаванія, приспособленныхъ къ новымъ условіямъ. Мы ихъ не коснемся.

---

[1]) Поэтому Дернбургъ совершенно правъ, говоря что съ помощью новаго Уложенія нельзя вовсе (какъ это возможно для Франціи) ознакомиться съ нѣмецкой дѣйствительностью (см. выше, стр. 168 пр. 1).

[2]) См. Die künftige Gestaltung des deutsch. Rechtsstudiums u. d. Beschlüs. der Eisenacher Konferenz von Emil Friedberg. Leipzig. 1896.

Но вотъ одно мнѣніе, которое для насъ цѣнно не потому только, что принадлежитъ очень извѣстному ученому, но и потому еще, что оно даетъ мысли въ извѣстной степени основанныя на прежнихъ опытахъ постановки юридическаго образованія въ виду вводимыхъ въ практику кодексовъ. Это мнѣніе профессора страсбургскаго университета Оттона Ленеля, выраженное имъ въ рѣчи при вступленіи въ ректорать названнаго университета, зданіе коего украшено статуей Фридриха Карла фонъ-Савиньи на его фронтонѣ.

Ленель [1]) выражаетъ опасеніе, что вмѣстѣ со вступленіемъ въ силу новаго кодекса, возбуждавшаго столько несбыточныхъ иллюзій [2]), наступитъ очередь опасныхъ иллюзій и въ вопросахъ преподаванія права. Въ планахъ Эйзенахской конференціи онъ не нашелъ достаточно энергическаго отпора опасности, которая угрожаетъ нѣмецкой юриспруденціи отъ этихъ иллюзій. Дѣлая новый кодексъ цѣлью всего учебнаго плана, мы возбуждаемъ такія отъ него ожиданія, которыхъ онъ не оправдываетъ и вмѣстѣ съ этимъ отодвигаемъ основу современной юридической школы въ Германіи на второй планъ, какъ нѣкотораго рода ученую декорацію. Между тѣмъ, ближайшая опасность, которою угрожаетъ намъ кодификація, состоитъ въ томъ, что мѣсто здравой, научной и практической дѣятельности юристовъ поспѣшитъ занять юридическое буквоѣдство, такъ назыв. Buchstabenjurisprudenz, злѣйшій врагъ всякаго здраваго правосудія.

Обосновать научную подготовку юристовъ на новомъ кодексѣ дѣло немыслимое ни для какого, хотя бы самаго высокаго преподавательскаго дарованія, ибо съ новымъ кодексомъ не выросло одновременно еще никакой юридической науки этого новаго кодекса.

Вся слава знанія и школы въ области права, какую успѣла себѣ составить Германія въ текущемъ столѣтіи, самымъ тѣснымъ образомъ связана съ наукой латинскаго права. На ней единственно пока и на долгое время въ будущемъ можетъ нѣмецкая юриспруденція основывать свои дѣйствительные, а не фантастическіе разсчеты удержать свое прежнее высокое положеніе. Противъ угрожающей опасности упадка правовѣдѣнія въ Германіи нѣтъ другого средства, кромѣ неизмѣнной вѣрности прежнимъ традиціямъ классической школы юриспруденціи.

[1]) Das bürgerl. Gesetzbuch u. d. Studium d. romisch, Rechts. д-ра O. Lenel. Strassburg. 1896.

[2]) Почтенный Ленель воздаетъ должное памяти Савиньи въ этихъ заключительныхъ словахъ своей рѣчи: mit frischer, frölicher, naiver Zuversicht glaubte man (въ 70-хъ годахъ, когда задумали кодификацію) an den *Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung*... Aber jener Enthusiasmus hat einer nüchternen Resignation Platz gemacht (стр. 19).

Дѣйствительно, было бы крайне прискорбно, если бы нѣмцы пошли еще и на этотъ *соблазнъ самоотреченія*...

Въ дальнѣйшемъ мы сдѣлаемъ краткое обозрѣніе историческихъ процессовъ русскаго праворазвитія, которые приводятъ насъ къ современному состоянію нашего гражданскаго права. Мы остановимъ, такимъ образомъ, наше вниманіе на матеріи права общаго въ формальномъ смыслѣ, и на явленіяхъ сходства институтовъ, какъ они обнаруживаются въ нашей исторіи; въ связи съ этимъ мы уяснимъ себѣ процессъ обособленія права частнаго и публичнаго вообще и въ отдѣльныхъ гражданскихъ институтахъ; разсмотримъ задерживающія и благопріятствующія условія образованія общей цивильной системы у насъ; опредѣлимъ современное состояніе нашего гражданскаго права и наши виды на ближайшее будущее русскаго законодательства и юриспруденціи.

Мы видѣли выше, что, въ историческомъ смыслѣ, образованіе понятія права общаго на ряду съ партикуляризмами и обособленіе права частнаго совпадаетъ повсюду съ извѣстными признаками національнаго развитія, то болѣе исключительными, то ближе и легче открывающими путь къ общенію разныхъ націй. Сначала элементы исключительности обильны и рѣзко выражены и лишь очень медленнымъ процессомъ эта исключительность племенная, территоріальная, исповѣдная, національная, профессіональная, сглаживается и допускаетъ совмѣстность, общеніе, сочетаніе интересовъ и правъ. Въ самыхъ простыхъ и яркихъ чертахъ мы наблюдали это поступательное движеніе въ исторіи права римскаго. Въ формахъ несравненно болѣе сложныхъ тотъ же законъ обнаруживается въ исторіи ново-европейской культуры права. Тѣ же условія и элементы, которые суть существенные, какъ мы наблюдали выше, для процессовъ развитія общаго права тамъ, на Западѣ, должны быть изучены нами и въ русской жизни, хотя бы здѣсь они являлись въ совершенно иныхъ, часто своеобразныхъ сочетаніяхъ. Тѣмъ болѣе, натурально, интереса представитъ ихъ изученіе въ этихъ своеобразныхъ комбинаціяхъ. Зато и трудность изученія права на этой почвѣ, гдѣ научная разработка историко-юридическихъ задачъ такъ еще нова, возростаетъ вмѣстѣ съ новизною этихъ задачъ.

Въ виду предшествующихъ историко-юридическихъ курсовъ по русскому праву мы остановимся здѣсь на самыхъ общихъ чертахъ, которыми опредѣляется процессъ праворазвитія у насъ по взятымъ нами выше признакамъ общности нормъ и обособленія права частнаго отъ публичнаго.

§ 12.

Параллелизмъ общихъ признаковъ культуры права на западѣ и у насъ:

А.

Бытовая рознь и признаки личной или племенной системы въ исторіи нашего права.—Черты прошлаго въ современномъ правѣ.—Сходство и общность права.

Въ *какомъ видѣ представляется намъ юридическій бытъ въ начальную эпоху русской исторіи?* Возможно утверждать, что въ эту пору и до московской централизаціи, для образованія общихъ юридическихъ нормъ въ какой бы то ни было сферѣ права было также мало условій формальнаго ихъ единства, какъ и на Западѣ во время господства такъ называемыхъ личныхъ или племенныхъ правъ. Опредѣляющая бытовая основа этого явленія есть, конечно, тутъ и тамъ одна и та же, т.-е. сперва господство, потомъ обиліе непостоянныхъ, бродячихъ элементовъ населенія, уступающихъ на западѣ скоро, у насъ, по особенности нашего географическаго положенія, крайне медленно инымъ, высшимъ формамъ общественности. Въ то время когда тамъ, на западѣ, уже образовались значительные элементы территоріальнаго господства, здѣсь въ старѣйшихъ письменныхъ памятникахъ права удерживаются еще такіе свѣжіе *слѣды племенной розни*, такая непостоянная связь населенія съ землей, такое обиліе племенныхъ элементовъ, что населеніе волостей можно по справедливости назвать не сложившимся въ новое цѣлое, удерживающимъ на своемъ составѣ ясные признаки прежнихъ формъ общежитія, племенного, а не послѣдующихъ, территоріальнаго, волостного.

Особенность нашего историческаго процесса въ цѣломъ заключается въ томъ, что, одолѣвъ эту первоначальную племенную рознь, русское государство продолжаетъ и нынѣ включать въ себѣ, на ряду съ господствующимъ кореннымъ русскимъ населеніемъ, обиліе новыхъ племенныхъ, особныхъ, инородныхъ единицъ, коихъ внутренняя жизнь опредѣляетъ собою и по сейчасъ особый составъ разныхъ инородческихъ правъ, иной, чѣмъ въ общемъ русскомъ правѣ, хотя послѣднее обыкновенно доступно и для инородцевъ, если къ этому нѣтъ другихъ, кромѣ племенной особности, препятствій.

Такимъ образомъ, самый составъ нашего населенія не есть замкнутый, окончательно опредѣлившійся и исключающій вступленіе въ него элементовъ новыхъ въ смыслѣ племенномъ. Наша жизнь даетъ намъ явленіе не только ассимилированія низшихъ формъ быта высшими, внутри одной націи, но и длящееся обновленіе самихъ племенныхъ ея элементовъ. Мы будемъ имѣть случай позже, трактуя вопросъ правоспособности лицъ, раскрыть содержаніе дѣйствующихъ нормъ, опредѣляющихъ общую и особенную цивильную правоспособность нашихъ инородцевъ.

Что касается состоянія права на этихъ ступеняхъ развитія, въ бытѣ племенномъ старой Россіи и въ соотвѣтствующихъ ему формахъ современнаго племенного быта инородцевъ, то его правильно характеризовать признакомъ *субъективности правосознанія*. О какихъ-либо началахъ *права общаго* на этихъ ступеняхъ культуры не можетъ быть рѣчи. Формы и способы защиты права условлены здѣсь не столько высшей цѣлью правосудія, единообразнаго и постояннаго, сколько низшей — удовлетворенія раздраженнаго чувства обиды. Признаки этого быта, *обращенные къ прошлому* (месть, безразличіе органовъ и способовъ воздѣйствія за правонарушенія, какого бы рода оно ни было, и проч.), ясно видны на первыхъ страницахъ русской исторіи. Такое право не можетъ выдти изъ границъ тѣснаго круга лицъ, связанныхъ кровной близостью или насущными интересами совершенно примитивнаго свойства. При одинаковыхъ потребностяхъ разныхъ племенъ между ихъ юридическимъ бытомъ можетъ быть близость типа, значительныя черты *сходства*, но это не общность правосознанія.

Задачи законодательства и управленія по отношенію къ этимъ элементамъ русскаго населенія заключались и заключаются до сего времени въ регулированіи ихъ внутренняго быта и въ охранительныхъ мѣрахъ противъ безправія и опасностей для сосѣдей. Гдѣ нѣтъ этихъ опасностей, тамъ переходъ къ высшимъ фор-

мамъ быта, развитіе элементовъ общенія юридическаго условлены для инородцевъ предшествующимъ освоеніемъ ими элементовъ русской культуры, русской рѣчи, школы, христіанскаго вѣроученія. Такъ направленными усиліями русскаго государства и церкви наполнены не только страницы старыхъ русскихъ лѣтописей, но памятники законодательства и управленія прошлаго вѣка и нынѣ дѣйствующія нормы.

В.

Начало договорное, отвѣчающее потребности правообщенія, особенно разные виды групповыхъ рядовъ.—Письменная форма укрѣпленія конвенціональныхъ и обычноправныхъ нормъ.

На тѣхъ же первыхъ страницахъ русской лѣтописи мы видимъ въ обиліи и другую сторону правообразованія, иные признаки, *обращенные къ будущему*, къ высшему развитію общественности. Это *начало договорное*, связующее разныя племена и общины свободными узами федераціи. Договорная форма, при всемъ ея несовершенствѣ, когда ею исключительно связаны обширныя и разнородныя *коллективныя группы* для цѣлей постоянныхъ и общихъ, открываетъ, однако, очень обширныя перспективы для послѣдующаго общенія въ области права. Мы видимъ эту форму въ древней Руси въ явленіяхъ призыва князя, въ соглашеніяхъ отдѣльныхъ племенныхъ группъ одной съ другою непосредственно и при посредствѣ князей, въ договорахъ князей между собою, съ ихъ дружинами, князей съ волостями, въ соглашеніяхъ объ общихъ нормахъ суда, въ договорахъ съ землями сосѣдними. Эти многообразныя формы договорныхъ соглашеній, особенно групповые ряды, знаменуютъ собою образованіе и укрѣпленіе началъ общности въ правѣ на счетъ партикуляризмовъ [1]). Чѣмъ больше чертъ *сходства* въ правосознаніи разныхъ группъ, тѣмъ понятно, легче форма договорная, по существу временная, переходитъ *въ постоянное правообщеніе*, обосновываетъ начала дѣйствительно общаго права (обычнаго).

Мы видѣли выше, въ обозрѣніи исторіи нѣмецкаго общаго права, случаи, гдѣ простой переходъ устныхъ юридическихъ традицій въ форму письменнаго ихъ начертанія содѣйствуетъ, въ извѣстныхъ условіяхъ, возвышенію авторитета локальныхъ нормъ на степень общихъ. Процессы такого рода мы наблюдаемъ въ

[1]) См. теперь особенно проф. Ѳ. И. Леонтовича „Старый земскій обычай“ 1889 г., стр. 58 и слѣд.

старой русской жизни, гдѣ обычаи разномѣстные, уставы отдѣльныхъ князей, соглашенія между князьями, разъ подвергнувшись переработкѣ въ нѣкоторый комплексъ нормъ записанныхъ, получали характеръ общаго руководящаго юридическаго сборника, быстро распространявшагося въ разныхъ волостяхъ, въ неодинаковыхъ, частью по содержанію, частью по говору, редакціяхъ. Таковъ извѣстный вамъ сборникъ „Правды Русской“, который долженъ быть разсматриваемъ какъ первый конвенціональный, такъ сказать, источникъ общаго русскаго права, гдѣ крайне рано, вмѣстѣ съ этимъ характеромъ общности, замѣчается и обособленіе началъ чистаго частнаго права.

С.

Дѣятельность церкви въ вопросахъ права вообще. — Соприкосновеніе съ универсальной системой. — Традиція римскаго права на востокѣ. — Шестикнижіе Гарменопулы. — Внутренніе признаки византійскаго права вообще и права частнаго воособенности. — Реципированные въ составъ Кормчей книги византійскіе сборники. — Вліяніе церкви на расширеніе правообщенія. — Обработка Русской Правды и ея значеніе какъ общаго источника права.

Болѣе глубоко проходящій и до сихъ поръ не изсякающій источникъ образованія началъ общности въ русскомъ правѣ открываетъ *дѣятельность церкви*. Вліяніе церкви на всѣ области стараго права и вліяніе клира на самыя различныя стороны русскаго юридическаго быта неизмѣримо обширно. Трудно въ коротком очеркѣ исчерпать этотъ вопросъ.

Не подлежитъ сомнѣнію, что старыя племенныя правовоззрѣнія, ихъ исключительность, суровость формъ осуществленія права, постоянно уступали дѣйствію христіанской проповѣди. Въ указанной сейчасъ (подъ В) договорной формѣ общенія *клятвенное утвержденіе* этой формы несомнѣнно давало ей особую силу. Въ задачахъ фиксированія юридическихъ актовъ на письмѣ классъ лицъ грамотныхъ, каковыми были преимущественно духовные, играетъ всюду, и въ международныхъ сношеніяхъ (договоры Смоленска съ Ригой), и въ сдѣлкахъ князей, и въ односторонних актахъ ихъ или при жизни, или на случай смерти, и въ актахъ частныхъ лицъ, и въ законодательствѣ (Псковская судная грамота), первенствующую роль.

Въ дѣлахъ, касавшихся каноновъ и церковнаго чина, вліяніе церкви было рѣшающимъ, а кругъ этихъ дѣлъ рано сталъ весьма обширнымъ для различныхъ сферъ права и управленія, въ особенности для юрисдикціи *въ вопросахъ семейнаго и наслѣдствен-*

наго права (подробности въ курсѣ). Путемъ церковной школы и проповѣди проходило въ старомъ русскомъ обществѣ и до сихъ поръ проходитъ въ народныя массы самымъ постояннымъ образомъ вліяніе христіанской нравственности на правовоззрѣніе людей. Въ такую пору, *когда право находится на степени субъективнаго сознанія, силу этого вліянія трудно измѣрить*; несомнѣнно, что всюду, куда оно проникло, оно кореннымъ образомъ перерождало господствовавшее до того міровоззрѣніе людей и вмѣстѣ съ этимъ ихъ взгляды на право.

Съ вліяніемъ церкви у насъ, какъ частью и на Западѣ, связаны первые *признаки появленія элементовъ общихъ* въ нашемъ правѣ и такихъ юридическихъ началъ, которыя не имѣютъ корня въ правѣ мѣстномъ. Но тамъ, на Западѣ, это вліяніе чужого права, универсальной римской системы, только въ первоначальныхъ стадіяхъ было тѣсно связано съ традиціей церкви. Въ послѣдующихъ фазахъ оно носило въ цѣломъ исповѣдный характеръ лишь по отношенію къ предѣламъ его распространенія; позже ученія романистовъ были направлены прямо противъ авторитета церкви и стали орудіемъ борьбы власти свѣтской съ властью церкви. Двѣ сферы права и двѣ области юрисдикціи, духовной и свѣтской, права каноническаго и римскаго, обособились рѣзко. Этимъ обособленіемъ права римскаго отъ каноническаго, права частнаго отъ публичнаго условлена вся судьба рецепціи римскаго права на Западѣ.

Что же представляютъ собою традиціи римскаго права на Востокѣ?

Возможно ли сопоставлять историческую роль византійской юриспруденціи съ источниками римскаго права, ставшими, какъ извѣстно, на Западѣ, въ Юстиніановской кодификаціи, господствующимъ элементомъ общаго частнаго права и предметомъ постояннаго изученія юристовъ новаго міра?

Чтобъ отвѣтить на этотъ вопросъ, надо различить въ немъ разныя стороны.

Значеніе византійскаго права очень различно, смотря по эпохамъ, откуда идутъ его источники, по мѣстностямъ, въ коихъ оно вліяетъ, и по условіямъ этого вліянія.

Прежде всего византійскіе источники изъ времени ближайшаго къ Юстиніану составляютъ богатое *пособіе для изученія* самого юстиніановскаго права. Къ этому источнику обращаются съ серьезнымъ и постояннымъ вниманіемъ западные ученые (Куяцій, Мельцеръ, Бонефидій, Леунклавій въ XVI в., Фабротъ въ XVII в., Рейцъ въ XVIII в., Гаубольдъ, Геймбахи, Mortreuil,

Цахаріэ, Моммсенъ и друг. въ XIX в.), въ особенности въ такія эпохи, когда интересъ изученія, исключительно практическій, уступаетъ мѣсто историческому методу въ правовѣдѣніи. Подробности этого вопроса пользованія византійскими источниками для изученія Corpus juris civilis разсматриваются въ курсахъ римскаго права [1]).

Съ другой стороны, само византійское право проходитъ извѣстныя стадіи развитія. Оно представляетъ собою не только постепенное атрофированіе юстиніановскихъ источниковъ, но и еще *характерный процессъ измѣненія всѣхъ основъ римской культуры права*, т.-е. смѣшеніе институтовъ свѣтскаго и церковнаго права, публичнаго и частнаго.

Любопытно, что въ ту самую пору, въ XII в., когда на Западѣ начинается изученіе подлинныхъ текстовъ юстиніановскихъ источниковъ, эти источники окончательно вытѣсняются на Востокѣ Базиликами. По происхожденію Базилики относятся къ концу IX в. Это греческая переработка юстиніановскихъ источниковъ, разсчитанная на удобство практическаго ихъ примѣненія. Все дѣйствующее право сведено въ 60 книгъ, въ порядкѣ близкомъ къ юстиніановскому кодексу. Это и есть та капитальная работа, которая прервала прямую практическую традицію юстиніановскихъ книгъ для Восточной имперіи, и къ которой позже примыкали многочисленныя дальнѣйшія переработки матеріала византійскими учеными. Одну изъ важнѣйшихъ, по практическимъ послѣдствіямъ, такихъ переработокъ составляетъ Шестикнижіе Константина Гарменопулы (около 1345 г.). Оно удержалось въ примѣненіи послѣ паденія Константинополя въ разныхъ провинціяхъ турецкой имперіи, и восполненіемъ къ нему служили Базилики. Книги Гарменопулы удерживались въ силѣ въ Бессарабіи послѣ ея присоединенія къ Россіи [2]). Между тѣмъ Дунайскія

[1]) Появленіе на западѣ ученыхъ грековъ, бѣжавшихъ изъ Константинополя послѣ взятія его турками, обогатило итальянскія библіотеки массой привезенныхъ ими рукописей. Въ XVI в. ихъ начинаютъ печатать. Лишь въ эту пору узнаютъ Базилики. Манускрипты библіотеки Екатерины Медичи, привезенные изъ Италіи во Францію, привлекаютъ къ себѣ вниманіе всего ученаго міра. О нихъ только и говорятъ. Ср. для этихъ свѣдѣній и для краткаго обозрѣнія развитія интереса къ визан. праву Rivier (бельгійскій профессоръ) Introduction historique au droit romain. 1881 г., стр. 546 и слѣд. По-русски въ 76 и 77 гг. проф. Азаревичъ началъ исторію визант. права, гдѣ можно найти полезныя указанія для русск. библіогр.; но для предпринятой работы у автора вовсе не было необходимаго матеріала подъ руками. Эта работа не продолжается.

[2]) Подробности см. у Даневскаго. Объ источникахъ мѣстныхъ законовъ нѣкоторыхъ губерній и областей. Тоже и справки о современ. примѣненіи мѣстн. сборниковъ у Пахмана Ист. кодиф., II, стр. 463 и слѣд. Византійская традиція распространилась на Кавказѣ (законы царя Вахтанга и Армянскій судебникъ). Въ послѣднее время открываются еще нов. восточные тексты, въ

княжества имѣютъ съ 1865 г. единый кодексъ, составляющій подражаніе code civil.

Мѣстное значеніе византійскихъ переработокъ юстиніановскаго права этимъ не ограничивается; но мы отмѣчаемъ здѣсь эту сторону дѣла, это *локальное значеніе* особыхъ византійскихъ источниковъ, возникшихъ на мѣстѣ и въ этихъ предѣлахъ сохранившихъ свое значеніе до позднѣйшаго времени.

Несомнѣнно лучшій изъ немногихъ теперешнихъ знатоковъ византійскаго частнаго права, Цахаріэ ф. Лингенталь, даетъ намъ такіе внутренніе признаки, опредѣляющіе особенность именно византійскаго права, которые указываютъ ясно его неспособность выйти изъ этихъ предѣловъ мѣстнаго примѣненія и пріобрѣсти значеніе системы универсальной. Какъ черту очень характерную, онъ выставляетъ, во-первыхъ, то, что изъ системы наказаній здѣсь почти совершенно *вытѣснено наказаніе лишеніемъ свободы*. Вмѣсто лишенія свободы въ Византіи развились рафинированные способы причиненія физическихъ страданій, которые пережили византійскій режимъ и вошли вполнѣ гармонически въ систему турецкаго управленія. Цахаріэ объясняетъ это вытѣсненіе наказанія лишеніемъ свободы тѣмъ, что на Востокѣ всякое far niente, въ тюрьмѣ ли, или въ монастырской кельѣ, служитъ скорѣе источникомъ удовлетворенія, чѣмъ страданія.

Затѣмъ, наука права у византійскаго юриста не то, что въ эпоху свободнаго развитія римской юриспруденціи. Юристъ не знаетъ права, а знаетъ только законъ. Это *не юристы* собственно, *а законники* (νομικοί). Тутъ можетъ развиться утонченная техника примѣненія закона, но не та жизнь права, имѣющая свой источникъ въ національномъ сознаніи, въ наукѣ, какую мы наблюдаемъ въ Римѣ.—Достаточно этихъ характерныхъ признаковъ, на коихъ останавливаетъ ваше вниманіе Цахаріэ, чтобы не ждать благопріятныхъ для права частнаго результатовъ отъ собственно византійской юриспруденціи, гдѣ она не зависитъ отъ римскихъ традицій.

На этомъ явленіи мы еще разъ повѣряемъ состоятельность ученія Ihering'a о разсчетѣ, цѣли, монополіи наказанія и прочее, какъ основѣ права.

Какія же черты опредѣляютъ внутреннее строеніе институ-

коихъ римское право является переработаннымъ для мѣстныхъ цѣлей. Въ 1880 г. иждивеніемъ берлинской академіи напечатана большая книга озаглав. „Syrisch-römisches Rechtsbuch aus dem fünften Jahrhund.“ herausgegeben übersetzt und erläutet von d-r K. G. Bruns u. d-r E. Sachau. Издатели не согласны по вопросу о происхожденіи этихъ текстовъ. Оцѣнку этого изд. сдѣлалъ Brinz въ „Krit. Vierteljahresschrift“ Bd. 22, стр. 548.

товъ? Поземельная собственность сосредоточена въ эту пору въ рукахъ государства и церкви. Рядомъ съ ними обладаніе съ характеромъ приватнымъ доступно только могущественнымъ людямъ, близко стоящимъ къ власти. Землевладѣніе низшихъ классовъ есть или зависимое, или оно задавлено тяжестью государственныхъ податей и службъ. Отчужденіе недвижимостей введено въ самыя тѣсныя границы [1]). Поземельныя отношенія Византіи живо напоминаютъ *поземельный строй среднихъ вѣковъ* на Западѣ, *кромѣ*, однако, какъ замѣчаетъ Цахаріэ, существенной для феодальнаго быта черты,—*взаимной и наслѣдственной связи землевладѣльцевъ*, которой всегда оставались чужды мелкіе деспоты этихъ восточныхъ территорій. Въ связи съ этимъ властнымъ и зависимымъ характеромъ отношеній частныхъ лицъ понятно ничтожное развитіе договорно-обязательственныхъ формъ, ненадежность кредита личнаго и вещнаго и свойство медлительности и проволочекъ въ способахъ процессуальнаго осуществленія права.

Теперь мы перейдемъ къ послѣднему поставленному выше вопросу—могло ли византійское право вліять, какъ система юридическихъ институтовъ частнаго права, на русскую жизнь?

Извѣстно, что въ сборникахъ, носившихъ названіе кормчихъ книгъ и рано переведенныхъ съ греческаго языка на церковнославянскій, помѣщаются рядомъ съ постановленіями каноническими и отдѣльные легальные памятники свѣтскаго права, коихъ происхожденіе есть несомнѣнно греческое. Таковы въ особенности эклога Льва и Константина и прохиронъ, составленный по повелѣнію Василія Македонянина. Это, по отношенію къ ихъ первоисточникамъ (въ особенности къ юстиніановской кодификаціи), — крайне несовершенные сборники, которые и въ греческомъ подлинникѣ далеко не заключали въ себѣ сколько-нибудь законченнаго круга цивильныхъ понятій. *Эклога* заключаетъ въ себѣ элементы институтовъ брачнаго права, права наслѣдованія, опеки, отпущеній на волю, нѣкоторые договоры, немного положеній о свидѣтельствахъ и мировыхъ сдѣлкахъ, объ отдѣльномъ имуществѣ дѣтей, законы уголовные и положенія о добычѣ. Это совершенно случайный для примѣненія внѣ первоначальной почвы,

---

[1]) Ознакомленіе съ этими явленіями, крайне важными для цѣлей историческ. изученія и для историческихъ параллелей, стало очень легко доступнымъ при помощи небольшой и хорошо написанной книги Цахаріэ (Geschichte des griechisch-römischen Rechts. 2 изд. 1877 г., особ. § 60—крестьянскія поземельн. отношенія при Юстиніанѣ, § 61 νομος γεωργικος, § 62—крестьян. отнош. позднѣйш. времени, § 63 мѣры къ огражденію вольнаго крестьянства, § 64—военныя землевладѣнія на границахъ (terrae limitaneae vel castellorum).

на которую разсчитанъ сборникъ, комплексъ нормъ. Возникшій въ половинѣ VIII в., сборникъ этотъ былъ черезъ сто сорокъ лѣтъ вытѣсненъ и тамъ другой переработкой юстиніановскихъ источниковъ, касавшейся частью тѣхъ же матерій, частью новыхъ, при томъ не исключительно цивильныхъ.

Для этой смѣны одного сборника другимъ на мѣстѣ были свои основанія, которыя, однако, не могли имѣть общаго значенія. Оба сборника вошли, какъ извѣстно, *въ составъ нашихъ кормчихъ, ихъ сѣтскаго права*, въ славянской передачѣ текстовъ, часто очень мало вразумительной и неточной. Это „Главизны Леона и Константина“ (глава 49 кормчей) и „Закона градскаго главы различны“ (гл. 48 кормчей). Въ томъ и другомъ совершенно отсутствуютъ многіе основные институты цивильной системы, въ особенности права вещныя. На мѣстѣ они легко восполнялись изъ многочисленныхъ иныхъ сборниковъ и переработокъ. Въ новой сферѣ примѣненія они не давали ничего цѣльнаго. Не менѣе того въ этомъ видѣ въ первый разъ древняя Русь познала элементы чужого права, отрывки той системы гражданскихъ институтовъ не мѣстнаго происхожденія, которая на западѣ, въ совершенно иномъ видѣ, посредствомъ рецепціи in complexu, составила эпоху въ исторіи развитія новоевропейскаго права.

Для права русскаго и для его дальнѣйшаго развитія важны не столько эти отрывки чужой, хотя бы универсальной системы, эти нормы римскаго права, сколько измѣнившіяся, вмѣстѣ съ принятіемъ христіанства и по мѣрѣ успѣховъ христіанской проповѣди, положенія о судѣ церковномъ, о компетенціи церкви въ дѣлахъ семьи и наслѣдства. *Законъ судный людямъ*, приписываемый Константину Великому и неимѣющій, однако, основанія въ системѣ права византійскаго, былъ неизмѣримо болѣе важнымъ источникомъ для новыхъ народовъ, ибо заключалъ въ себѣ не готовыя нормы чужой цивильной системы, а постановленія, прямо соотвѣтствовавшія состоянію народовъ, только-что принявшихъ христіанство. Для всей послѣдующей исторіи права русскаго важны опредѣленія Номоканона и уставовъ русскихъ князей, касающіяся юрисдикціи церкви въ новомъ христіанскомъ обществѣ, а не система нормъ, переработанныхъ изъ юстиніановскихъ источниковъ. Въ Законѣ судномъ находились положенія, опредѣлявшія наказаніе за идолопоклонство, за отступленіе отъ христіанства. Въ уставахъ князей, со ссылкой на тѣ же священные источники, опредѣлялось *вѣдомство судовъ церкви*. Какого бы ни были происхожденія эти нормы, онѣ соотвѣтствовали по-

требности времени. Ихъ сила устанавливалась не внѣшнимъ авторитетомъ и не техническими свойствами этихъ нормъ, а внутреннею основой правосознанія въ эту пору, нераздѣльной съ чувствомъ вѣры, съ основами исповѣдными.

Мы видѣли этотъ же факторъ въ исторіи рецепціи чужого права на западѣ. Тамъ онъ привелъ въ результатѣ къ освоенію цѣлой системы институтовъ чисто цивильныхъ. У насъ нѣтъ. Освоеніе чисто юридическихъ положеній греко-римскаго права происходило у насъ не ровно, медленно, изъ источниковъ, далеко не столь пригодныхъ для этихъ цѣлей, безъ постояннаго посредства школы.

Но если не этотъ объективный составъ готоваго чужого права, то компетенція суда церкви открывала широкую сферу для образованія началъ права общаго для всѣхъ племенъ, населявшихъ Россію, для всѣхъ волостей, каковы бы ни были особенности ихъ состава и строенія.

Достигнувъ путемъ жалованій княжескихъ и пожертвованій частныхъ лицъ обширныхъ земельныхъ богатствъ, церковь расширила и укрѣпила силу своего вліянія, ставъ на защиту обширнаго круга лицъ безпомощныхъ и безпріютныхъ въ грубомъ обществѣ и создала новыя формы имущественаго обладанія постояннаго и неизмѣннаго въ ея рукахъ для цѣлей дальнѣйшаго распространенія христіанской проповѣди.

Вліяніе церкви на общность права было тѣмъ обширнѣе и рѣшительнѣе, чѣмъ слабѣе способна была функціонировать въ этомъ направленіи разъединенная свѣтская власть. Натурально границы этого вліянія совпадали всегда съ границами исповѣдными, вліяніе дѣйствовало внутри паствы. Его нельзя опредѣлить никакими хронологическими датами. Оно есть внутреннее и въ этомъ смыслѣ свободное. Книга, руководившая мудростью церковныхъ правителей, не составляла источника права только, нормъ только легальныхъ. Происхожденіе этихъ письменъ было въ глазахъ вѣрующихъ „богодухновеннымъ“. Подлинникъ кормчей хранится въ Новгородѣ въ церкви св. Софіи „на почитаніе священникомъ, на послушаніе крестьяномъ и себѣ (т.-е. князю и епископу, повелѣвшему ее списать) *на спасеніе души*“. Тутъ область вѣры, а не критики текстовъ, какъ и въ первое время рецепціи права на западѣ. Та самая черта смѣшенія дѣла вѣры и вопросовъ права, которая для старой культуры права служитъ признакомъ вырожденія юриспруденціи, составляетъ въ обществѣ молодомъ необходимое условіе его внутренняго перерожденія, его перехода изъ состоянія пле-

менной, территоріальной розни въ извѣстное состояніе единства не только рѣчи, но вѣры и права.

Несомнѣнно, первые руководящіе судебную функцію *письменные сборники уставовъ княжескихъ и народныхъ юридическихъ обычаевъ* тѣсно связаны съ традиціей чужого права, въ составъ коего *рукописи* такихъ сборниковъ и вводились нерѣдко. Такова въ особенности Правда Русская, составляющая въ позднѣйшей редакціи именно сборникъ уставовъ княжескихъ и обычныхъ нормъ, получившихъ свою техническую обработку руками законоискусныхъ людей и въ силу этой высшей формы своей обработки пріобрѣвшихъ, подобно французскимъ coutumes générales, повсемѣстное практическое распространеніе наряду съ нормами рецепированнаго права, далеко за предѣлами мѣста и времени ихъ первоначальнаго возникновенія. Правда, что господствующее содержаніе такихъ сборниковъ, какъ и нѣмецкихъ зерцалъ того времени, было далеко не чисто цивильнымъ [1]).

При особомъ характерѣ дѣятельности церкви, всегда больше внутреннемъ, чѣмъ повелительномъ, легко отмѣтить въ жизни общества многія свидѣтельства неоконченности ея призванія, признаки низкаго состоянія правосознанія. Но, однако, результаты дѣятельности церкви въ старой Россіи, по отношенію къ праву общему въ тѣхъ матеріяхъ, которыя составляли область церковной юрисдикціи, поразительны. Едва власть свѣтская собралась и сосредоточилась, стала способной сама установлять нормы права, обязательныя для цѣлаго государства, какъ содержаніе для такихъ нормъ было уже въ значительной мѣрѣ готовымъ, опредѣлившимся и приноровленнымъ къ потребностямъ русской жизни. Въ составѣ церковныхъ книгъ между тѣмъ не происходило никакихъ особенно важныхъ перемѣнъ со времени первыхъ рукописей кормчей до печатныхъ ея текстовъ [2]). Задача государства въ области той юрисдикціи, гдѣ оно смѣнило юрисдикцію церкви, стала, конечно, иною, и какія средства оказались нужны государству для цѣлей дальнѣйшаго развитія элементовъ права общаго, объ этомъ мы скажемъ въ другой связи.

---

[1]) См. Христоматія проф. М. Ф. Владимірскаго. Буданова Системат. Указатель статей Русской Правды по 2-мъ спискамъ.

[2]) Въ печатную кормчую внесены (гл. 50) разныя статьи изъ Властаря и Гарменопулы, которыхъ нѣтъ въ рукописныхъ кормчихъ.

D.

Территоріальное начало въ нашемъ правѣ.—Волости вольныя.—Раннее развитіе общности правосознанія въ связи съ обособленіемъ права публичнаго и частнаго.—Признаки этого явленія въ памятникахъ права вольныхъ волостей; дальнѣйшая судьба этихъ зачатковъ.—Литовскій статутъ.—Современное примѣненіе.—Изданія статута; разныя эпохи.—Проектъ правъ малороссійскихъ и его источники.—Общая характеристика статута.—Техника.—Отличительныя черты внутренняго строенія институтовъ.—Сопоставленіе съ территоріальными нормами вольныхъ волостей.

Несомнѣнно, что ни договорное начало, ни авторитетъ церкви не составляли достаточныхъ факторовъ для утвержденія силы институтовъ собственно юридическихъ въ старой Россіи. Мы обращаемъ вниманіе на эти предшествующія (месть, обида, субъективное сознаніе права) и сопутствующія образованію постоянныхъ юридическихъ нормъ (дѣятельность церкви въ особенности) явленія потому только, что право, по нашему убѣжденію, не есть нѣчто извнѣ привходящее, механически господствующая въ общежитіи сила, а результатъ внутреннихъ образующихъ силъ, плодъ этихъ скрытыхъ отъ поверхностнаго наблюденія органическихъ процессовъ. Право нельзя брать какъ живую силу врозь съ успѣхами національнаго развитія, и взятое такимъ образомъ оно теряетъ свой историческій, практическій и живой смыслъ для дѣйствительности. Въ жизни народа оно *должно пройти эту стадію субъективнаго сознанія*, сознанія его принадлежности лицу, а въ случаѣ нарушенія, чувства обиды личной, семейной, родовой, сословной, исповѣдной, должно испытать на себѣ процессъ перерожденія, коему подвергается все нравственное состояніе общества, *прежде чѣмъ принять характеръ внѣшне-обязательной объективной нормы.*

У насъ, какъ и на западѣ, *вторую ступень въ процессѣ развитія юридическихъ нормъ*, составляетъ, послѣ системы племенныхъ или личныхъ правъ, *территоріальное начало*, коимъ опредѣляется и утверждается на опредѣленномъ пространствѣ обязательность ихъ примѣненія. Всѣ живущія на извѣстной территоріи лица подчинены опредѣленной территоріальной власти, всѣ *тянутъ судомъ и данью по земль и по водѣ.* Какъ организуется эта *волость* съ точки зрѣнія ея единства, дѣло безразличное. Она можетъ быть княжескою и вольною. Волостей исключительно церковныхъ, какъ на западѣ, независимыхъ или стоящихъ выше чѣмъ волости свѣтскія, мы не имѣемъ. Такой союзъ волостной заключаетъ въ себѣ болѣе твердое, хотя, первоначально, и болѣе

тѣсное единство, чѣмъ союзъ членовъ церкви, общеніе болѣе широкое и свободное, чѣмъ союзъ племенной, связь болѣе постоянную, чѣмъ союзъ дружинный. Здѣсь именно подчиненіе населенія власти опредѣляется по землѣ и по водѣ.

Въ волостяхъ вольныхъ рано слагается *мѣстный обычай, земская старина и пошлина*, и ея держатся крѣпко люди этой мѣстности. Рано же эта пошлина, этотъ обычай, въ нѣкоторыхъ волостяхъ переходитъ въ форму письменнаго начертанія, записывается. Несомнѣнно, въ областяхъ вольныхъ, торговыхъ, ближе лежащихъ къ большимъ воднымъ путямъ, раньше опредѣлилась потребность общей извѣстности и постоянства юридическихъ нормъ. Уже въ XV в. мы видимъ, что *псковская и новгородская пошлины* не только записаны, но *перешли въ высшую форму* оконченности и извѣстности, *какой способно достигнуть объективное* право. Обѣ судныя граматы *утверждены на вѣчѣ*, какъ дѣйствующій законъ, обязательный къ примѣненію для судовъ на всемъ пространствѣ той и другой территоріи.

Не легко въ исторіи ново-европейскаго права найти, въ столь ранней эпохѣ, другой примѣръ такого сочетанія зрѣлости формъ выраженія правосознанія, съ одной стороны, и съ другой — живой наличности всѣхъ факторовъ, на коихъ зиждется юридическій бытъ народа, общей воли, общаго согласія всѣхъ составныхъ частей населенія волости (настоящая communis reipublicae sponsio, см. вводные титулы въ изд. проф. М. Ф. Буданова въ его Христоматіи), чувства вѣры, коимъ скрѣпляется для суда, для сторонъ сила этихъ нормъ (особ. обрядъ цѣлованія креста на сей граматѣ, ст. 14 Новг. С. Гр.), наконецъ, энергіи личнаго сознанія права, которая такъ видна въ готовности сторонъ и послуховъ идти на бой за правое дѣло. Въ этомъ законѣ, явно, далеко еще не завершилось юридическое творчество народа; напротивъ, граматы, и особенно псковская, открываютъ весь просторъ созидательной въ вопросахъ права дѣятельности послуховъ,—людей, на на коихъ шлются стороны, регулируя только процессуальную правильность соучастія ихъ въ спорѣ. Можно сказать, что вся древняя Русь, всѣ элементы, на коихъ держится старое право, здѣсь налицо.

Шагъ впередъ—одинъ, но очень важный: вмѣсто племеннаго, роднаго правосознанія, мы видимъ здѣсь одинъ территоріальный, *земскій законъ* для всего Новгорода, для всего Пскова. Въ то же время любопытно и важно замѣтить, что *опредѣленіе лицъ и вещей* въ обѣихъ граматахъ совершенно абстрактное, невидоизмѣненное никакими сословными признаками или исключительными условія-

ми правообладанія вещами того или другого рода для того или другого круга лицъ. Обѣ граматы говорятъ: „а *какой псковитянинъ*“, „а кто на комъ поищетъ“, „а *которому человѣку*“. И это не въ вопросахъ отвѣтственности за преступленіе, гдѣ абстрактная форма именованія субъекта встрѣчается рано, а въ вопросахъ исковъ гражданскихъ. То же абстрактное обозначеніе вещей: *земля*, *вода*, *товаръ*, *закладъ*. Явно, что въ этихъ граматахъ обособились вполнѣ элементы строенія институтовъ цивильныхъ, выдѣлились изъ тѣснаго соприкосновенія, изъ смѣшенія съ правомъ публичнымъ .Гдѣ отношенія властныя многочисленны и спутаны съ правами частныхъ лицъ, тамъ нельзя встрѣтить запрещеніе „всякому властелю за друга тягатись опричь своего орудія“ [1]) какъ въ Пск. С. Гр., тамъ не найдемъ защиты простого владѣнія, какъ въ Новг. С. Гр., института давности, какъ способа пріобрѣтенія права собственности на землю (Пск. С. Гр.), тамъ не нужно, наконецъ, такого обилія свободныхъ договорныхъ формъ, лежащихъ на основѣ чисто-цивильныхъ обязательствъ, какимъ отличается именно псковская С. Гр. [2]).

Не можетъ быть сомнѣнія, что только такое обособленіе институтовъ права частнаго и могло дать этимъ граматамъ характеръ общаго закона, общаго источника права на пространствѣ цѣлой территоріи. Форма общности правосознанія еще высшая, связывавшая обѣ территоріи вольныхъ общинъ, обнаруживается лишь по отношенію къ суду святительскому [3]) (см. Новг. С. Гр. ст. 1).

Но едва зародившіеся, эти элементы русскаго *самобытнаго частнаго права* должны были уступить, вмѣстѣ съ самостоятельностью названныхъ волостей, другимъ историческимъ явленіямъ, мало благопріятнымъ для дальнѣйшаго роста этихъ зачатковъ. Слишкомъ раскрытая со всѣхъ сторонъ великая равнина требовала для огражденія ея русскаго населенія отъ опасностей татарскихъ, нѣмецкихъ, литовскихъ наѣздовъ образованія такихъ могущественныхъ въ смыслѣ нападенія и защиты политическихъ Zweckapparat'овъ, что интересы права, права частнаго въ особенности, самобытности областной уступили надолго мѣсто совершенно другого характера явленіямъ. Вы видѣли выше, что повсюду первоначально локальные кутюмы, coutumes de Paris, d' Orleans и другіе во Франціи, городскія права Любека, Гамбурга,

[1]) Это древнѣйшій на Руси законъ противъ совмѣстительства. Redemtores litium и personae potentiores, вліяющія на судъ, извѣстны и римскому праву

[2]) Съ отдѣльными институтами мы будемъ имѣть случай встрѣчаться позже въ курсѣ.

[3]) Источн. этого суда вмѣсто *Номоканона* именуется здѣсь *Манакануномъ*.

Нюрнберга и друг. въ Германіи, становятся предметомъ переработки ихъ въ связи съ началами общаго римскаго цивильнаго права, пріобрѣтаютъ затѣмъ широкое примѣненіе внѣ территоріи ихъ возникновенія и вводятся, наконецъ, какъ національный элементъ, въ строеніе новыхъ цивильныхъ системъ кодифицированнаго права. Національныя начала цивильныхъ институтовъ нашихъ вольныхъ общинъ не оказали никакого (или совершенно ничтожное) вліянія на послѣдующее развитіе русскаго права. Они вовсе не вышли изъ сферы ихъ первоначальнаго примѣненія, исчезли, уничтожены были и тамъ въ самомъ ихъ зародышѣ. Самые памятники этого юридическаго быта оставались около четырехъ столѣтій въ полномъ забвеніи. Они открыты нынѣ, лишь благодаря развившемуся интересу отечественно-историческихъ изысканій. Тотъ и другой памятникъ найденъ въ архивахъ не юристами, одинъ (Новг. С. Гр.) оборваннымъ на полусловѣ.

Такимъ образомъ, ни полный переворотъ политическаго строя въ римскомъ мірѣ, ни страшныя революціонныя потрясенія Франціи не произвели такого разрыва въ процессѣ развитія національнаго права, какой мы наблюдаемъ въ нашей исторіи. На нашихъ окраинахъ нынѣ дѣйствуютъ и любекскіе статуты, и рижское городское право, и зерцало саксонское, и, наконецъ, coutumes de Paris, d'Orléans и проч. въ составѣ code civil. Объ историческомъ прошломъ русскихъ городскихъ общинъ приблизительно той же исторической эпохи нѣтъ рѣчи не только въ составѣ законодательства или практики, но ниже въ работахъ по русскому обычному праву. Такова судьба этихъ національныхъ историческихъ началъ гражданскаго права старыхъ русскихъ территорій.

Изученіе исторіи права въ территоріяхъ, прилегавшихъ къ государству польскому, частью входившихъ въ его составъ, за тѣмъ выдѣлившихся, представляетъ до сихъ поръ задачу, далеко еще невыполненную русской юриспруденціей. Трудности изысканій здѣсь условлены не только языкомъ юридическихъ памятниковъ этихъ окраинъ, но долгое время совершенно обособившеюся отъ сѣверо-восточной Россіи судьбой этихъ земель. Работы ученыхъ польскихъ юристовъ не всегда удовлетворяютъ русскаго изслѣдователя, ибо обособленіе было взаимнымъ. Не только русскіе ученые мало обращались къ памятникамъ мѣстнаго права, но и польскіе юристы знали и хотѣли знать только свое право. Обширность подготовки, нужной для крайне полезныхъ сравнительныхъ штудій, будетъ, быть можетъ, облегчена существующимъ нынѣ варшавскимъ университетомъ и предпринятой разработкой сѣверо-и юго-западныхъ архивовъ. До сего времени значитель-

ные труды были предприняты въ особенности профессорами университета св. Владиміра, коихъ изслѣдованія постоянно появляются въ Кіевскихъ университетскихъ извѣстіяхъ.

Памятникъ территоріальнаго права, на которомъ намъ необходимо здѣсь остановить особенное вниманіе, есть Литовскій статутъ. Несмотря на особность историческихъ судебъ тѣхъ окраинъ, литовскій статутъ былъ счастливѣе разсмотрѣнныхъ сейчасъ старыхъ судныхъ грамотъ и не только вліялъ, несомнѣнно, все время на дальнѣйшее развитіе русскаго права, но удержался, *какъ территоріальный законъ*, въ отрывкахъ, правда, при этомъ оффиціально только для губерній Черниговской и Полтавской, а на дѣлѣ въ гораздо болѣе широкомъ примѣненіи на югѣ и югозападѣ Россіи, до самаго послѣдняго времени.

Мы дадимъ здѣсь только самую общую характеристику этого территоріальнаго кодекса съ точекъ зрѣнія, установленныхъ нами выше для этого введенія.

Позднѣйшее полуоффиціальное [1]) изданіе Литовскаго статута по-польски съ переводомъ на русскій языкъ относится къ 1811 году: еще позже онъ издавался уже только по-польски. Но оказывается, что переводъ съ польскаго на русскій, сдѣланный въ 1811 г., есть, такъ сказать, обратный, и что первоначальные тексты памятника были русскіе. Мы имѣемъ нынѣ не только старыя рукописи Литовскаго статута на русскомъ языкѣ, но и печатное изданіе его отъ XVI в., въ Вильнѣ, въ типографіи Мамонитовъ. Всѣ извѣстные старые русскіе тексты XVI в., рукописные и печатные, изданы нынѣ во Временникѣ Импер. Общества Исторіи и Древностей Россійскихъ, въ кн. 18, 19, 23. Старѣйшій изъ текстовъ, наиболѣе краткій и наименѣе (по свидѣтельству изслѣдователей) полонизированный, относится къ 1529 году. Его называютъ первымъ, или *старымъ литовскимъ статутомъ*. Рукопись была найдена въ библіотекѣ виленской академіи и сообщена членомъ Общества Исторіи и Древн. А. В. Семеновымъ для напечатанія. Вы найдете этотъ старый статутъ въ кн. 18 издаваемаго названнымъ обществомъ Временника. Любопытная статья г. Семенова „О сходствѣ древнихъ узаконеній восточной и западной Руси“ помѣщена въ 19 книгѣ Временника.

Въ этой же 19 книгѣ напечатанъ *позднѣйшій статутъ литовскій*, сохранившійся не въ рукописи, а въ печатномъ изданіи

---

[1]) Какъ справедливо замѣтилъ покойный профессоръ кіевскаго университета и нашъ почетный членъ Александръ Федоровичъ Кистяковскій. Изданіе 1811 г. напечатано безъ всякаго объяснительнаго текста, на 2-хъ языкахъ, польскомъ и русскомъ, въ сенатской типографіи въ Петербургѣ.

названной выше типографіи. Этотъ позднѣйшій текстъ отъ 1588 г. объемомъ втрое слишкомъ превышаетъ размѣръ стараго статута (382 стр., въ старомъ—106). Текстъ 1588 г. и напечатанный въ Петербургѣ въ 1811 г. имѣютъ вполнѣ равное число раздѣловъ (14) и въ каждомъ раздѣлѣ одинаковое число артикуловъ.

Послѣ изданія стараго статута и статута 1588 г., въ книгѣ 23 того же Временника помѣщенъ еще *текстъ* того же статута, *называемый* нынѣ *волынскимъ*. По размѣру онъ занимаетъ середину между старымъ и мамоническимъ, въ немъ 222 стр. Раздѣлы тѣ же, артикуловъ много меньше. Такимъ образомъ, мы имѣемъ старый текстъ, краткій, гдѣ и раздѣловъ меньше (13) и порядокъ ихъ нѣсколько иной и много меньше артикуловъ, текстъ волынскій отъ 1566 г. и текстъ 1588 г. [1]). Это, несомнѣнно, развитіе, одного и того же законодательнаго акта. Успѣхи полонизаціи, однако, до крайности осязательны.

Независимо отъ этихъ важныхъ памятниковъ южно-русскаго права, ставшихъ достояніемъ русскаго ученаго міра лишь въ 50-хъ годахъ нашего вѣка, немного лѣтъ назадъ, въ 79 году, изданъ крайне важный *памятникъ юриспруденціи прошлаго столѣтія*, касающійся главнымъ образомъ того же литовскаго статута. Это напечатанный подъ руководствомъ покойнаго кіевскаго профессора Кистяковскаго текстъ рукописнаго проекта свода законовъ для Малороссіи, составленный въ половинѣ прошлаго вѣка [2]). Этотъ проектъ никогда не былъ утвержденъ законода-

[1]) Раздѣлы, по переводу на современную русскую рѣчь, принятую въ изд. 1811 г., такіе: 1) о нашей государевой особѣ; 2) о земскомъ ополченіи; 3) о вольностяхъ дворянскихъ; 4) о судьяхъ и о судахъ; 5) о приданомъ и о венѣ; 6) объ опекѣ; 7) о записяхъ и о продажахъ; 8) о завѣщаніяхъ; 9) о межевомъ судьѣ, межев. дѣлахъ; 10) о лѣсахъ, ловлѣ, бортяхъ, озерахъ, лугахъ; 11) о насиліяхъ, побояхъ и платежахъ за голову дворянина; 12) о платежахъ за голову и о навязкахъ (за обиду) простолюдиновъ, (тутъ же и о басурманахъ); здѣсь любопытенъ артикулъ XII и слѣд. о правѣ отыскивать вотчинныхъ крестьянъ въ срокъ давности 10 и 20-лѣтней, о вольныхъ людяхъ, поселившихся на землѣ вотчинной, о челяди дворовой и о бѣглыхъ; 13) о захваченіяхъ и о штрафѣ навязки; 14) о воровствѣ всякаго рода. Въ литовскомъ статутѣ мы имѣемъ, начиная съ 1-го его появленія въ 1529 г., крѣпостное право въ полномъ развитіи. Нѣтъ сомнѣнія, что образованіе этой формы зависимости людей отъ поземельнаго вотчинника относится уже къ XV вѣку, стало быть предшествуетъ появленію той же формы на сѣверѣ почти на сто лѣтъ. Этотъ особый видъ территоріальнаго властительства одного класса людей надъ другимъ не въ свойствахъ стараго русскаго права; за то онъ рано опредѣлился въ нѣмецкомъ феодальномъ бытѣ и оттуда перешелъ въ Литву. См. въ особенности Христоматію проф. унив. Св. Владиміра Буданова, гдѣ, во 2-мъ вып., напечатана жалованная грамота короля Казиміра литовскому, русскому, жмудьскому духовенству, дворянству, рыцарямъ, шляхтѣ, боярамъ, мѣстичамъ отъ 1457 г. съ примѣчаніями.

[2]) Полное заглавіе этого рукописнаго проекта, обратившаго на себя вниманіе покойнаго профессора въ 74 году на съѣздѣ археологовъ, гдѣ рукопись эта была кѣмъ-то выставлена, есть такое: „права, по которымъ судится малороссійскій народъ, Высочайшимъ всепресвѣтлѣйшія, державнѣйшія Вел. Госуд.

тельной властью; но онъ служитъ очень краснорѣчивымъ свидѣтельствомъ способа, коимъ проходитъ вліяніе чужой юриспруденціи на мѣстное право, и намъ необходимо остановить здѣсь вниманіе на этомъ явленіи.

Проектъ основанъ на указанныхъ въ заглавіи источникахъ, и натурально, ничто не можетъ быть любопытнѣе для исторіи права, какъ именно эти источники свода. Проф. Кистяковскій даетъ въ обширномъ введеніи къ изданной имъ книгѣ (всего 114 стр.) возможность судить о состояніи этихъ источниковъ и ихъ значеніи для мѣстнаго права. Проектъ составлялся въ XVIII в., когда борьба интересовъ и партій въ Малороссіи была въ полномъ развитіи. Въ самомъ проектѣ выразились виды извѣстнаго круга лицъ, искавшихъ обособленія правъ малороссійскихъ отъ дѣйствовавшихъ тогда въ Россіи законовъ. Въ ту пору, однако, далеко уже не начало мѣстныхъ обычаевъ и законовъ, а *указная дѣятельность центральнаго правительства* стала господствующею въ вопросахъ права для всей Россіи какъ и для государствъ западныхъ (см. выше, очеркъ французскаго и нѣмецкаго правъ). Эту сторону дѣла мы разсмотримъ дальше. Но что же собою представляли тѣ источники, на основаніи коихъ могла бы обособиться въ смыслѣ права мѣстнаго тогдашняя Малороссія? Ихъ происхожденіе старое. Основы проекта лежатъ въ прошломъ. Это, прежде всего, литовскій статутъ, о коемъ сейчасъ сказано. Энергическіе поиски Кистяковскаго привели къ тому результату, что многочисленныя рукописи этого статута, ходившія по рукамъ и сохранившіяся до позднѣйшаго времени въ разныхъ архивахъ (особенно домашнихъ) происходятъ не отъ старыхъ русскихъ его редакцій, а были переводными съ польскаго.

Рядомъ съ этимъ главнымъ источникомъ, матеріалами для Свода послужили книги совсѣмъ другого рода, которыя частью названы въ заглавіи Свода, частью описываются во введеніи проф. Кистяковскаго. Это совсѣмъ другой источникъ средневѣковаго правообразованія. Различіе тѣхъ и другихъ то же, что между lex и jus.

Мы видѣли на западѣ, что рядомъ со статутами, имѣющими оффиціальное происхожденіе, образуются, путемъ работы юристовъ, сборники мѣстной юриспруденціи самаго различнаго харак-

---

Императрицы Елизаветы Петровны, Самодержицы Всероссійскія Ея Императорскаго Священнѣйшаго Величества повелѣніемъ, изъ трехъ книгъ, а именно: статута литовскаго, зерцала саксонскаго и приложенныхъ при томъ двухъ правъ, также изъ книги Порядка, по переводѣ изъ польскаго и латинскаго языковъ на россійскій діалектъ въ едину книгу сведенныя, въ градѣ Глуховѣ, лѣта отъ Р. Х. 1743.

тера. Тутъ идутъ и труды какого-нибудь частнаго лица (Эйке фонъ-Репковъ для сборника, именуемаго Sachsen-Spiegel), и самыя разнообразныя сочетанія ученой римской юриспруденціи съ *судебной* практикой того или другого Schöffenstuhl'a. Не подлежитъ сомнѣнію, что множество такого рода работъ въ текстахъ латинскихъ и польскихъ обращалось въ территоріяхъ примѣненія литовскаго статута. Вы найдете краткія свѣдѣнія о нихъ въ указанномъ введеніи Кистяковскаго (стр. 55 и слѣд.). Всѣ они стоятъ въ болѣе или менѣе отдаленной связи въ подобными работами на западѣ, но ни одна не обошлась безъ польской переработки.

Профессоръ Антоновичъ думаетъ, что эти книги, называвшіяся Саксонъ, Права магдебургскія и прочее, не имѣли вовсе характера источниковъ юридическихъ, что ихъ путемъ никто не шелъ въ юго-западныхъ городахъ, и что цитаты изъ Саксона и магдебургскихъ правъ дѣлались только для виду, ради формы, а собственно руководящими нормами были обычаи мѣстные. Населеніе городовъ видѣло въ магдебургскомъ правѣ вовсе не сводъ обязательныхъ для себя законовъ. Все, чего искали люди въ этихъ сборникахъ, ограничивалось вопросами устройства городского быта, а вовсе не вопросами права. Иного мнѣнія профессоръ Владимірскій-Будановъ. Онъ думаетъ, что дѣйствующія въ городахъ права составляли именно чужеземные источники, а не право обычное. Профессоръ Кистяковскій, склоняясь больше къ воззрѣніямъ Буданова, указываетъ примѣненіе чужихъ нормъ въ южно-русской практикѣ по нѣкоторымъ отдѣльнымъ институтамъ и заключаетъ, что дѣйствующее магдебургское право не только примѣнялось, но и подвергалось видоизмѣненіямъ по мѣстнымъ обычаямъ. Будемъ ли дивиться этому различію мнѣній нашихъ ученыхъ на столь скользкой почвѣ, какъ польско-литовское право, когда намъ извѣстно, что и во Франціи въ пору дѣятельности очень высокихъ представителей юриспруденціи, ученые люди спорили безъ конца о томъ quel est notre droit commun, причемъ maître Pierre Lizet считалъ реципированное право своимъ общимъ, а maître Christophe de Thou estimait les coutumes être notre droit commun?!

Если несомнѣнно для Франціи, что право въ тогдашнихъ условіяхъ не было ни достаточно извѣстнымъ, ни тѣмъ менѣе общимъ, то насколько же эти качества неизвѣстности и локальнаго характера нормъ должны характеризовать практику нашихъ окраинъ въ столь раннюю пору?

Изъ разныхъ сборниковъ магдебургскаго права и въ особен-

ности изъ наиболѣе впослѣдствіи (по свидѣтельству Кистяковскаго) распространеннаго сборника „Порядокъ“ [1]), нельзя заключить объ общемъ состояніи права въ соотвѣтствующее время, ибо въ этихъ сборникахъ господствуетъ духъ ученія, общаго руководства, а не позитивной нормы. Для этого мы воспользуемся Литовскимъ статутомъ.

Выше было видно (см. заглавія раздѣловъ статута, примѣчаніе), что статуты всѣхъ 3-хъ редакцій заключаютъ въ себѣ далеко не одно частное право. Это цѣлая система институтовъ, какъ публичныхъ, такъ и приватныхъ. Что такая система институтовъ можетъ быть выполнена только при хорошо уже сложившейся техникѣ правовѣдѣнія, въ этомъ не можетъ быть сомнѣнія.

Памятникъ, въ этомъ смыслѣ, стоитъ неизмѣримо выше Русской правды и Псковской судной грамоты.

Но для насъ важны здѣсь не столько эти черты техники юристовъ, сколько особенности системы, характеризующія юридическій бытъ нашихъ южныхъ и западныхъ окраинъ въ ту пору.

Прежде всего, какіе тутъ институты, русскіе или иноземные?

Рядъ писателей указываетъ намъ на обычное русское право, которое лежало въ основѣ литовскаго статута и особенно его старой редакціи. Это доказывается основательно, но притомъ только на отдѣльныхъ пунктахъ и особенно на уголовной си-

---

[1]) Во Введеніи найдете такія тирады изъ этой книги въ польской передѣлкѣ: „Каждому суду принадлежитъ право. *Пристойное потому дѣло напередъ узнать опредѣленіе права и его различіе*“ (juri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen juris descendat L. 1 pr. D. de J. et J.). Тутъ чисто по римски. За то дальше совершенно въ средневѣковомъ духѣ: „Такъ какъ ясное дѣло, что люди различн. состояній имѣютъ и различное право и судятся на основаніи разныхъ правъ“. Далѣе авторъ „Порядка“ говоритъ, что право есть наука... сущность коей въ томъ, чтобъ „каждый пристойно жилъ, ближняго не обижалъ, каждому воздавалъ что ему принадлежитъ“ (опять чисто римскіе напѣвы—honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere); а сейчасъ засимъ настоящіе средневѣковые отзвуки: „право есть установленіе справедливости отъ верховнаго господина для его подданныхъ, ко славѣ Божіей...“ Система этого „Порядка“ такая. Частей всего 4: 1-я даетъ указан. понятія о правѣ, обязанностяхъ и качествахъ судьи, о войтѣ, и городской радѣ, лавникахъ, прокураторахъ, адвокатахъ, 2-я о различіи судовъ городскихъ, о судѣ великаго бурграфа, о судѣ солтысовъ, о выложенномъ, поточномъ, гостинномъ, горячемъ судѣ (по горячимъ слѣдамъ), о формѣ суда; 3-я о порядкѣ судопроизводства; 4-я о наказаніи преступниковъ, о пыткѣ, о нѣкоторыхъ видахъ преступленія и о разн. видахъ винъ, dolus malus, culpa lata, levis (Ср. Введеніе Кистяковскаго, стр. 71 и 72). Эта польская переработка Гроицкаго. Латинская переработка чужеземн. правъ, сдѣланная Яскеромъ, еще любопытнѣе: право бываетъ божеское, городское, провинціальное. Примѣръ божескаго: въ Адамѣ и Евѣ Богъ установилъ закономъ свою католическую церковь. Для примѣра провинціальнаго права приводится установленіе Александра Македонскаго, по коему плѣнный долженъ или выкупиться или стать рабомъ (тамъ же, стр. 66).

стемѣ [1]). Признаки родства съ русскимъ правомъ тѣхъ многочисленнѣе, чѣмъ старѣе памятникъ [2]).

Старый статутъ признаетъ, вмѣстѣ съ этимъ, *старый обычай* какъ дополнительный источникъ права для случаевъ, когда нѣтъ опредѣленій статута (Разд. 6, тит. 37). Въ позднѣйшихъ статутахъ на этотъ счетъ указано слѣдующее: если бы въ статутѣ семъ чего недоставало, то судъ имѣетъ то разбирать и рѣшить, преклоняясь ближе къ справедливости, къ совѣсти своей, примѣняясь къ примѣру прочихъ христіанскихъ законовъ (Разд. 4, арт. 54).

Перейдемъ, засимъ, къ вопросу, какія же здѣсь внутреннія черты, характерныя для этой системы? Опредѣлимъ вопросъ точнѣе — какіе признаки отличаютъ юридическій бытъ Литвы, насколько онъ выразился въ этихъ памятникахъ, отъ другихъ памятниковъ русскаго права, для примѣра, отъ Псковской судной грамоты? Формулируемъ вопросъ еще ближе къ поставленнымъ нами задачамъ этого введенія. Въ какомъ отношеніи здѣсь, въ правѣ литовскомъ, стоитъ элементъ системы политическій къ цивильному? Извѣстно, что Псковская судн. грмота не обнимаетъ всѣхъ сторонъ системы, какъ литовскій статутъ; но на каждомъ отдѣльномъ положеніи ея видно, что различіе права публичнаго и частнаго проведено съ ясностью.

Что же скажемъ мы по этому предмету для литовскаго статута?

Оставимъ въ сторонѣ вопросъ о процессѣ, ибо эта область во всѣхъ старыхъ памятникахъ одинаково есть преобладающая надъ матеріальнымъ правомъ.

Какія же свойства *матеріальнаго гражданскаго права* въ Псковской судной грам. и въ Литовск. статутѣ?

Устраняя вовсе вопросъ о техникѣ въ томъ и въ другомъ памятникѣ въ цѣломъ, юриста не можетъ не поразить относительно гораздо болѣе значительное развитіе институтовъ свободнаго договорнаго права въ псковской судной грамотѣ, чѣмъ въ статутѣ. Въ статутѣ эта сторона системы поразительно скудна. Какъ бы въ возмѣщеніе этой скудости, статутъ даетъ крайне большой *просторъ институтамъ вещнаго права*, особенно по недвижимостямъ. Все, что вы найдете сильно развитымъ въ статутѣ въ области цивильныхъ понятій, — это отдѣльные институты права

[1]) См. Леонтовича Русская Правда и Литовскій Статутъ, гдѣ, въ концѣ стр. 91, примѣч., сдѣланы литературныя указанія; теперь его же „Источники русско-литовскаго права“ 1894 г., гдѣ много цѣнныхъ литературн. указаній.

[2]) Ср. въ Христоматіи Буданова еще старѣйшіе акты литовскаго законодательства.

семейнаго, права наслѣдованія, особенно правъ вотчинныхъ и межевыхъ, а изъ системы обязательственныхъ договоровъ главнымъ образомъ только тѣ договорныя формы, изъ коихъ возникаетъ *денежный долгъ*, въ особенности долгъ, *обременяющій недвижимость*.

Откуда эта поразительная скудость нормъ договорнаго права? Все, что направлено на обособленіе, на размежеваніе, на раздѣленіе интересовъ—очень сильно. Та часть цивильной системы, которая возмѣщаетъ, такъ сказать, эту особность интересовъ началомъ свободнаго соглашенія, договорно-обязательственнымъ элементомъ, сравнительно ничтожна.

Мы не объяснимъ себѣ этого никогда, если не примемъ во вниманіе наличность въ Литовскомъ статутѣ и въ литовскомъ быту, очень раннюю, крайне обильныхъ формъ несвободной зависимости однѣхъ частей населенія отъ другихъ. Мы говоримъ не о рабствѣ, а о тѣхъ властныхъ союзныхъ формахъ, примыкающихъ въ особенности къ землевладѣнію, которыя въ такомъ обиліи создала средневѣковая жизнь. Формы договорныхъ обязательствъ обильно развиваются тогда и тамъ, гдѣ недостаетъ средствъ односторонне повелительныхъ для того, чтобы пользоваться услугами другихъ людей. Тогда необходимость въ такихъ услугахъ вызываетъ развитіе свободнаго сочетанія и обмѣна интересовъ лицъ, иначе, безъ договора, не связанныхъ никакимъ обязательствомъ, никакой зависимостью. Это мы видимъ во Псковѣ въ очень раннюю пору культуры права, и этого нѣтъ, или, вѣрнѣе, развитіе договорныхъ формъ крайне низко при сравнительно высокой культурѣ права въ Литвѣ [1]).

Разъ эта черта выдѣляется ясно, какъ, понятнымъ образомъ, и всѣ другія характерныя свойства системы опредѣлятся сами собой.

Возможно ли найти въ этомъ статутѣ юридическія опредѣленія, формулированныя абстрактно, какъ въ законахъ вольныхъ сѣверныхъ территорій, на псковитянина, новгородца? Ихъ вовсе нѣтъ въ литовскомъ статутѣ. Именованіе литвина, литовца, совсѣмъ не встрѣчается въ юридической терминологіи этого памятника. Тамъ есть князья, дворяне, духовныя лица, шляхта, мѣщане, гости, евреи, татары, крѣпостные, данные люди, челядь, рабы. У всякаго своя правоспособность (caput, persona), но общей

[1]) Мы здѣсь не имѣемъ цѣли указывать крайне близкихъ въ отдѣльныхъ институтахъ положеній семейнаго и наслѣдственнаго въ литовскомъ статутѣ съ таковымъ же въ германскомъ правѣ. На это возможно обратить вниманіе лишь при особомъ разсмотрѣніи самихъ институтовъ.

нѣтъ, какъ ея не было на западѣ въ эпоху феодальнаго права. *Правоспособность цивильная* въ сильнѣйшей степени *сплетена* съ политическими квалификаціями лица, *съ* его *сословнымъ положеніемъ*. Если дворянинъ станетъ вести торгъ, или содержать шинокъ въ своемъ домѣ, или что локтемъ мѣрить, или заниматься ремесломъ, то онъ не долженъ уже пользоваться правомъ дворянина (Разд. 3, арт. XXII). Зато въ сферѣ своихъ правъ онъ есть не просто вотчинникъ, а *господинъ*, территоріальный владыка, въ рукахъ котораго извѣстная мѣра державныхъ правъ надъ кругомъ подсудныхъ ему людей, его подданныхъ и его крѣпостныхъ. Организація ленной службы, обязанность къ государю идетъ рядомъ съ этимъ. Но въ цѣломъ историческая судьба Польши и Литвы опредѣляется въ дальнѣйшемъ не ослабленіемъ элементовъ территоріальнаго владычества могущественныхъ сеньоровъ, какъ во Франціи, а напротивъ, чрезвычайнымъ развитіемъ ихъ на счетъ государства и въ ущербъ ему [1]). Натурально, въ этихъ условіяхъ и въ кругу предметовъ обладанія нельзя искать ни абстрактнаго понятія лица, ни абстрактно квалифицированныхъ объектовъ, вещей въ цивильномъ смыслѣ. Здѣсь вотчины дворянскія, родовыя, благопріобрѣтенныя, жалованныя отъ короля, городскія привилегированныя имущества дворянъ (дома дворянскіе) [2]), земли духовныхъ установленій; и привилегированное обладаніе такимъ имуществомъ, въ особенности имѣніями населенными, никоимъ образомъ не должно выходить изъ круга лицъ дворянскаго же происхожденія. Натурально, при условіи этой замкнутости дворянскихъ интересовъ, и городской бытъ искалъ такихъ же формъ обособленія и замкнутости своихъ интересовъ. Нельзя было перейти границу обладанія или профессіи, не платясь за это своимъ достоинствомъ.

Такимъ образомъ, въ исторической жизни разныхъ русскихъ волостей, вошедшихъ позже въ одну государственную территорію,

---

[1]) Лица высшаго класса присвоили себѣ современемъ не только патримоніальную юрисдикцію, но и право даровать городамъ магдебургскія привилегіи, наконецъ, почти безотвѣтственность не только за насилія, но и за убійство простого человѣка. Чтобы подвергнуть дворянина наказанію, положенному за убійство (смертная казнь), когда убитый есть простой человѣкъ, обвинитель обязанъ предъявить суду трупъ и присяжное показаніе 6-ти свидѣтелей (самсемъ, считая присяжное показаніе обвинителя), изъ коихъ двое должны быть дворяне. А для того, чтобы дворянинъ, обвиняемый въ убійствѣ, снялъ съ себя всякую отвѣтственность за убійство, ему довольно присягнуть самтретей что убитый былъ зачинщикомъ (арт. 1, разд. 12). См. теперь особенно Ѳ. И. Леонтовича, Сословный типъ территор.-административнаго состава Литовскаго государства. 1895 г. Эта превосходная работа Ѳ. И. Леонтовича заслуживала бы самаго широкаго распространенія въ русскомъ обществѣ.

[2]) См. особенно въ Варшав. Унив. извѣст. 95 г. V, статью Ѳ. И. Леонтовича, Панскій дворъ въ Литов.-Русск. государствѣ.

прошло, въ эпоху территоріальнаго обособленія ихъ, глубокое различіе началъ ихъ юридическаго быта. На сѣверѣ, въ вольныхъ городахъ, въ условіяхъ очень слабыхъ иноземныхъ вліяній, обособились элементы чисто цивильныхъ институтовъ и привели эти области весьма рано къ выработкѣ *началъ національнаго гражданскаго права*, примѣнимаго во всей территоріи и въ этомъ смыслѣ *общаго*. На югѣ, напротивъ, національное правосознаніе рано встрѣтилось съ вліяніями сосѣдей, благопріятно подѣйствовавшими на технику юриспруденціи, но сильно видоизмѣнившими старый обычай. Вліяніе леннаго права, городскихъ привилегій, весьма близкое, и римскаго, болѣе отдаленное и посредствуемое, дали въ результатѣ обширный и развитой кодексъ, который, однако, при слабомъ развитіи центральныхъ органовъ, не былъ вовсе благопріятенъ обособленію права частнаго, открылъ широкій просторъ началу привилегій и внутри самой системы институтовъ цивильныхъ указывалъ одни начала раздѣльности, особности обладанія вещами, преимущественно недвижимостями, слабо опредѣляя начала права договорнаго, въ коемъ, для западнаго міра, и заключалось главнымъ образомъ культурно-историческое значеніе права римскаго.

Зародыши національнаго права вольныхъ волостей были рано подавлены. Наоборотъ, дѣйствіе Литовскаго статута, въ смыслѣ территоріальнаго закона, держалось очень долго на югѣ Россіи и не изгладилось окончательно и до сего времени. Это вліяніе и нынѣ, какъ тогда, ограничивается все тѣми же институтами семейнаго, наслѣдственнаго права и институтами вещнаго права по недвижимостямъ, до самаго послѣдняго времени носившими характеръ смѣшанный, цивильно-политическій, съ самыми пестрыми локальными оттѣнками (особенно чиншевое землевладѣніе).

Открываемые нынѣ памятники переработокъ этого статута для Малороссіи, послѣ соединенія ея съ Россіею, освѣщаютъ намъ очень важныя и до сихъ поръ темныя стороны въ исторіи русской юриспруденціи. Преданія XVI вѣка жили тамъ и въ XVIII в. Только число просвѣщенныхъ юристовъ стало меньше. Не менѣе того стройность системы Литовскаго статута, во многомъ очень хорошая техника должны были создать ему многихъ почитателей на югѣ. Сношенія соединенной Малороссіи, въ вопросахъ суда церковнаго и свѣтскаго, съ сѣверными областями служили *однимъ изъ* надежныхъ и постоянныхъ *проводниковъ высшей юридической образованности* юга въ законодательную и судебную технику московскаго государства.

Извѣстно, что Уложеніе царя Алексѣя Михайловича состав-

лялось подъ вліяніемъ законныхъ сборниковъ греческаго происхожденія и тоже подъ вліяніемъ Литовскаго статута [1]). Но этого мало. Возможно доказать, при ближайшемъ изученіи подробностей, что и во весь XVIII в. Литовскій статутъ продолжалъ дѣйствовать на русскую юриспруденцію. Въ своемъ мѣстѣ мы будемъ отмѣчать признаки этого явленія. Почтенная работа профессора Кистяковскаго значительно помогаетъ намъ освѣтить жизнь этого памятника на югѣ, послѣ присоединенія Малороссіи. Когда сенатъ въ 1811 году издавалъ его вновь, то независимо отъ вопросовъ, гдѣ нельзя разграничить началъ публичнаго и гражданскаго права, въ вопросахъ правъ вещныхъ по недвижимостямъ въ особенности, не трудно было видѣть въ литовскомъ статутѣ образецъ значительно болѣе высокой юриспруденціи, чѣмъ въ наличныхъ тогда легальныхъ сборникахъ сѣвернаго происхожденія.

Заключая обозрѣніе видныйшихъ продуктовъ нашей старой областной юридической жизни, мы скажемъ опять, что едва зародившіеся на сѣверѣ элементы самобытнаго обычнаго цивильнаго права уступили, вмѣстѣ съ самостоятельностью этихъ волостей, другимъ историческимъ явленіямъ, мало благопріятнымъ для дальнѣйшаго роста этихъ зачатковъ.

Борьба московскаго государства съ западными сосѣдями, отнюдь не менѣе чѣмъ съ восточными, указывала на необходимость, а отчасти и на способы образовывать такіе *могущественные въ военномъ смыслѣ политическіе центры*, съ которыми трудно уживаются областная свобода и еще меньше особность права частнаго отъ публичнаго. Въ такихъ исключительныхъ условіяхъ все право дѣйствительно пріобрѣтаетъ скорѣе характеръ цѣлевой конструкціи, боевого Zweckapparat'а, чѣмъ самоцѣльнаго организма соціальныхъ отношеній.

Е.

Московская централизація.—Поглощеніе публичнымъ правомъ права частнаго.—Оцѣнка чести по Уложенію.—Внѣоборотность недвижимостей по указу 1714 г.—Выполненіе публичныхъ работъ посредствомъ „набора".

Явленія русскаго юридическаго быта въ эпоху сложенія московскаго государства, по отношенію къ занимающимъ насъ здѣсь вопросамъ права общаго и партикуляризмовъ, обособленія приватнаго и публичнаго права, начинаютъ носить характеръ со-

[1]) См. ст. К. Верховскаго въ Юридическомъ Вѣстникѣ 1889 г. № 11-й, стр. 369—388, Источники Уложенія Царя Алексѣя Михайловича.

вершенно отличный отъ стараго порядка волостной жизни въ отдѣльныхъ территоріяхъ. Старыя независимыя и отдѣльныя русскія волости, княжескія и вольныя, становятся одна за другой въ покорное и зависимое отношеніе къ Москвѣ. Быстрое развитіе могущественнаго центра могло бы внѣшнимъ образомъ сближать явленія нашей дальнѣйшей исторіи, какъ цѣлой страны, скорѣе съ Франціей, чѣмъ съ разновластной, разбитой на мелкія независимыя территоріи Германіей. Это одна точка соприкосновенія съ исторіей государства во Франціи. При этомъ, однако, для результатовъ сопоставленія столь же существенны многочисленные пункты различія, о чемъ мы сейчасъ скажемъ. Съ другой стороны, это условіе (единовластіе) отличаетъ дѣйствительно наше праворазвитіе отъ нѣмецкаго, и мы будемъ имѣть случай говорить объ этомъ въ дальнѣйшемъ, разъясняя сравнительно задачи кодификаціонной дѣятельности въ настоящее время въ Германіи и у насъ.

Итакъ, московская централизація давала, казалось бы, виды на утвержденіе началъ общаго права и на дальнѣйшее обособленіе системы институтовъ приватныхъ отъ публичныхъ. Такъ было во Франціи съ тѣхъ поръ, какъ на мѣсто феодальнаго разновластія стала крѣпнуть во второй половинѣ XV и въ XVI в. королевская власть. Но явленія нашей исторической жизни въ эту пору иныя. Вмѣсто единаго частнаго права, постоянно-испытуемое военными бѣдствіями московское государство скорѣе оскудѣло, чѣмъ обогатилось, сравнительно съ вольными городами нормами частнаго права.

Старыя *обычно-правныя* бытовыя *основы* уходятъ на второй планъ. Господствующая правообразующая сила и вмѣстѣ съ этимъ главный *источникъ всякаго права* составляетъ теперь законъ, *государевъ указъ*, по доминирующему значенію своему для дальнѣйшей исторіи нашего права далеко превосходящій королевскіе ордонансы во Франціи.

Въ Судебникахъ вы слышите тонъ болѣе властный, болѣе торжественный. Законъ велѣно проклинать на Москвѣ и во всѣхъ городахъ московской и новгородской земли. Обрядъ суда принимаетъ формы болѣе высокія, часто письменныя.

Источникъ права одинъ, но какая въ то же время бездна различій въ нормахъ, привилегій, жалованій, ступеней правоспособности! Вы чувствуете, что здѣсь образуется нѣчто мощное и новое. За римскими преданіями мы идемъ не на западъ, какъ въ Литвѣ, а въ Византію, и въ концѣ XVI в. возникаетъ патріаршество всероссійское въ Москвѣ. Внутри государства падаютъ

понемногу притязанія старой знати. Люди расписываются въ чинамъ, окладамъ, одни наряду съ частнымъ обладаніемъ соучаствуютъ въ государственныхъ функціяхъ, другіе несутъ тягло. Пользованіе должностями составляетъ награду за службу. Всему ищутъ вести счетъ, мѣру, контроль. Самостоятельные старые родовые и приватные или приватизированные (земли княженецкія) титулы обладанія недвижимостями мало развиваются. Шире и быстрѣе идутъ *титулы обладанія зависимаго отъ государства*, связанные съ обязанностью службы. Въ концѣ XVI в. государство приходитъ къ прикрѣпленію крестьянъ къ землѣ, т.-е. обезличенію цѣлой массы населенія и образованію понятія населенныхъ имѣній, составляющихъ главный фондъ службы государству.

Мы какъ будто ближе подходимъ къ типу литовскаго статута, но съ тою разницей, что въ Москвѣ всѣ эти привилегіи и жалованья очень слабо пріобрѣтаютъ характеръ связывающихъ власть царя нормъ. До половины XVII вѣка нѣтъ вовсе попытокъ свести это новозданное на развалинахъ удѣльно-вѣчевого быта государство къ той извѣстности юридической, какую далъ Литвѣ статутъ Сигизмунда III-го отъ 1588 г.

Уложеніе развертываетъ намъ всю картину нашего государства и права, какъ и Литовскій статутъ.

Цѣль Уложенія въ томъ, чтобы московскаго государства всякихъ чиновъ людямъ, отъ большого до меньшого чину, *судъ и расправа были* во всякихъ дѣлахъ всѣмъ *равны*. *Но означаетъ ли* этотъ *равный* всѣмъ *судъ и равное для всѣхъ людей* московскаго государства *право*, какимъ оно было въ волостяхъ вольныхъ?

Конечно, нѣтъ.

Для того чтобы опредѣлить, насколько въ эту пору и позже государство поглощало личность, насколько salus rei publicae преобладала надо всѣмъ и прежде всего надъ интересомъ отдѣльныхъ лицъ, utilitas singulorum, мы возьмемъ опять тѣ же двѣ черты изъ системы правоотношеній, которыми пользовались выше для тѣхъ же цѣлей, именно, положеніе лицъ и объектовъ обладанія, вещей, по законодательнымъ памятникамъ этой эпохи.

Уложеніе 1649 года знаетъ *понятіе чести для лицъ* духовныхъ и свѣтскихъ. Это dignitatis illaesae status, existimatio, оцѣнка достоинства личнаго. Какая она по Уложенію? Всѣ стороны дѣла одинаково характерны. Иной оцѣнки достоинства личнаго кромѣ государственной Уложеніе не знаетъ, и любопытнѣе всего то, что этотъ единственный для всѣхъ критерій обнимаетъ

не свѣтскихъ только, а также и духовнаго чина людей. Критерій этотъ тутъ и тамъ есть одинъ, это *степень близости къ власти* не только въ смыслѣ іерархическомъ, но прямо *въ смыслѣ фактической близости*, которая каждую минуту, конечно, можетъ измѣниться. Никакихъ опредѣленій общихъ для лицъ, терпящихъ и наносящихъ безчестіе нѣтъ. Нигдѣ не сказано: если кто обезчеститъ другого, нанесетъ обиду словомъ, дѣломъ... Отвлеченныхъ, такъ сказать, чиселъ вовсе нѣтъ; есть только *именованныя*. Будетъ бояринъ и окольничихъ и думныхъ людей обезчестятъ словомъ гостинныя и суконныя или черныхъ сотенъ и слободъ человѣкъ, или стрѣлецъ, или пушкарь, или монастырскій слуга... Иныхъ опредѣленій нѣтъ, а зато такихъ сложныхъ крайне много (см. гл. X въ особ.). За бояръ, окольничихъ, думныхъ... бить кнутомъ, да ихъ же (виноватыхъ, если это простые люди, именно указанные закономъ) въ тюрьму на двѣ недѣли; ниже, для чиновъ, которые государевымъ жалованьемъ верстаны, править безчестье по окладамъ. За безчестье именитымъ людямъ Строгоновымъ—100 рублей, гостю 50, гостинныя сотни — по статьямъ отъ 25 до 15, суконныя до 5 рублей, и такъ все ниже до гулящаго человѣка, которому безчестья одинъ рубль.

Нигдѣ не выразилась такъ рѣзко квалификація лица въ зависимости отъ близости къ государю, какъ въ іерархіи церковной. За патріарха — торговая казнь, за митрополита, архіепископа и епископа — батоги, и оба раза тюрьма разныхъ сроковъ. Затѣмъ идутъ архимандриты, келари, казначеи, соборные старцы Троицы Сергіева монастыря—100, 80, 70, 40 рублей, Рождественскаго—90, 70, 60, 20, Чудова—80, 60, 50 20 и такъ ниже, по славѣ, достоинству и разстоянію отъ Москвы; въ Костромѣ отъ 40 рублей, въ Суздалѣ, тѣмъ же чинамъ отъ 30, въ Вологдѣ отъ 20 рублей, такъ что *архимандритъ отдаленнаго монастыря* стоитъ *наравнѣ съ простымъ старцомъ Чудова монастыря* и много ниже такого же старца отъ Троицы Сергія. Тоже для бѣлаго духовенства. Выше всѣхъ протопоповъ Благовѣщенскаго собора, *государевъ духовникъ* — 100 рублей, а за уѣздныхъ и безмѣстныхъ поповъ по пяти рублей.

Для отдѣльныхъ случаевъ, наконецъ, вовсе не показана мѣра, нуженъ *указъ государевъ*, extraordinaria cognitio.

Въ мірѣ вещей, объектовъ обладанія, нѣтъ надобности искать свидѣтельствъ того, что онъ не былъ свободнымъ, доступнымъ для всѣхъ, и что на имуществѣ, движимомъ и недвижимомъ, лежалъ тотъ же характеръ ограниченной, условной способности служить личнымъ цѣлямъ людей. Вамъ извѣстно это различіе вот-

чинъ и помѣстій, вотчинъ княженецкихъ, родовыхъ, выслуженныхъ, купленныхъ, помѣстій, назначавшихся отъ государя, отъ духовныхъ властей, имуществъ тяглыхъ, въ особенности въ городахъ, дворовъ бѣлыхъ, черныхъ и пр. *Оборотоспособность* каждой изъ этихъ безчисленныхъ категорій вещей была *ограничена* болѣе или менѣе тѣснымъ кругомъ лицъ, и притомъ вовсе не въ интересахъ этихъ лицъ, не propter utilitatem singulorum, а по соображеніямъ интереса государственнаго, интереса службы, повинностей, податей. Петръ Великій слилъ въ одну категорію вотчины и помѣстья, открывъ такимъ образомъ, повидимому, больше простора свободному обращенію ихъ въ извѣстномъ кругу лицъ. Но знаменуетъ ли этотъ законъ стремленіе законодателя въ самомъ дѣлѣ приватизировать обладаніе недвижимостями, особенно населенными имѣніями?

Отвѣтомъ на этотъ вопросъ можетъ служить знаменитый указъ о единонаслѣдіи 1714 г. Законъ не былъ доморощеннымъ. Несмотря на всю энергію, съ какой онъ проводился въ жизнь, онъ не удержался долго. Не менѣе того онъ свидѣтельствуетъ, какая точка зрѣнія на права привилегированныхъ лицъ владѣть населенными имѣніями была у великаго государя. И эта точка зрѣнія, никогда и никѣмъ позже не выраженная съ такой силой, съ какой она выразилась въ петровскомъ указѣ 1714, не была, однако, никогда чуждою русскаго законодательства и привела въ результатѣ къ упраздненію разъ навсегда формы личной частноправной зависимости одного класса населенія отъ другого. Законъ поразителенъ по энергіи, съ какою въ немъ выражена *цѣль чисто государственная*, для которой допускалась эта форма обладанія. Въ короткихъ чертахъ преобразованіе заключается въ слѣдующемъ.

Гибелью, думаетъ великій государь, угрожаетъ свойство населенныхъ имѣній подлежать дѣлежамъ по началу семейной дѣлимости всего имущества наслѣдодателя между наслѣдниками, гибелью государству, фамиліямъ, подданнымъ... Для владѣющихъ классовъ это источникъ легкомысленныхъ ожиданій, бездѣлья, мотовства; для крестьянъ—непомѣрныхъ, все возростающихъ тягостей; для государства—разорительныхъ недоимокъ и уклоненій отъ службы (см. мотивы указа въ текстѣ). Земли можно дѣлить сколько угодно. Эту дѣлимость знаетъ и псковская судная грамота. Но земли съ населеніемъ, съ крестьянами? Какой тутъ принципъ обладанія? Есть ли это только частное право или здѣсь рядомъ съ правомъ частнымъ скрыто начало обладанія территоріальнаго, властнаго?

Петръ видитъ въ этомъ институтѣ преобладающій характеръ властный и рѣшаетъ, какъ въ правѣ публичномъ, провести здѣсь консеквентно начало публичнаго же права, недѣлимости власти, какъ оно выражается въ преемствѣ династическомъ. Наслѣдованіе въ недвижимомъ имѣніи возможно, но недопустимо дѣленіе такого имущества между нѣсколькими наслѣдниками. Послѣ отца *населенное имѣніе все цѣликомъ переходитъ одному лицу*, обыкновенно старшему сыну. Кадеты не наслѣдуютъ въ недвижимости. Они получаютъ долю только изъ движимостей, на которыхъ удерживается чисто приватный характеръ обладанія. Сверхъ того, наслѣдникъ по праву первородства или по указанію духовной грамоты выполняетъ различныя обязательства (алиментарныя въ широкомъ смыслѣ) по отношенію къ кадетамъ, къ младшимъ членамъ фамиліи. Положеніе этого единаго наслѣдника есть настолько же его право, насколько и долгъ. Оно въ высокой степени *родственно позиціямъ публично-правнымъ, должностямъ*, а не частно-правнымъ, не простымъ притязаніямъ, для коихъ рѣшающій принципъ есть utilitas singulorum.

Но какъ достигнуть практическаго осуществленія этой задачи,—дать обладанію недвижимостями преобладающій публично-правный характеръ?

Для этого надо снять съ этого вида имуществъ, по возможности, всѣ свойства предметовъ частно-правнаго обладанія. Они должны быть, какъ это нормально для публично-правныхъ позицій, для должностей, для предметовъ обладанія государственнаго, церковнаго, *объявлены внѣ-оборотными*.

Мысль Петра не останавливается ни передъ чѣмъ, и 1-й параграфъ знаменитаго указа объявляетъ сразу внѣоборотными, не подлежащими отчужденію ни продажѣ, ни залогомъ, всѣ недвижимыя имущества, родовыя, благопріобрѣтенныя, выслуженныя и купленныя, вотчины и помѣстья, дворы, даже лавки [1]).

Едва-ли когда право частное приносилось до такой степени въ жертву соображеніямъ пользы государственной!

Вамъ извѣстно, какимъ противодѣйствіемъ со стороны класса помѣстнаго встрѣченъ былъ этотъ указъ. Въ населенныхъ имѣніяхъ помѣщики видѣли единственный рессурсъ справедливаго и

[1]) См. П. С. З. (1-е), № 2789. Выдержать вполнѣ этой точки зрѣнія нельзя, и § 12 допускаетъ продажу недвижимостей „кто принужденъ будетъ", не для перекрѣпленія только, съ платежемъ пошлинъ. Цѣль сократить оборотъ очевидна Въ старой Руси неудобныя стороны приватнаго характера обладанія населенными имѣніями смягчалась широкимъ развитіемъ вѣковѣчнаго обладанія церкви; но отъ этого свудѣла служба.

уравнительнаго устройства своихъ дѣтей. Маіораты же были противны правосознанію общества. Это несомнѣнно. Но было ли въ самомъ дѣлѣ соотвѣтственно интересамъ государства и „подданныхъ“ это устройство дворянскаго быта на счетъ приватизированія господскихъ правъ—это вопросъ, котораго разрѣшеніе принадлежитъ нашему времени.

Указъ Петра не выдержалъ противодѣйствія дворянскаго сословія. Онъ былъ отмѣненъ при Аннѣ Ивановнѣ. Залогъ и продажа, дробленіе населенныхъ имѣній между дѣтьми, завѣщательные акты самаго свободнаго характера, обремененіе недвижимостей долгами, словомъ — *коммерціальность*, *оборотность*, *чисто рыночный характеръ обладанія населенными имѣніями* въ цѣломъ и въ розницу, т.-е. землей и крестьянами, которыхъ продавали, дарили, закладывали, переселяли, ссылали по соображеніямъ одной личной выгоды помѣщика, возобновились во всей силѣ, угрожая все болѣе и болѣе наступленіемъ грозныхъ предвидѣній Петра...

Мы обращаемъ здѣсь вниманіе на эти элементы юридическихъ построеній (лица, вещи) для того, чтобъ показать, въ какой мѣрѣ эпоха московской централизаціи и ближайшее послѣдующее время были мало благопріятны для обособленія права частнаго и для развитія общности юридическихъ нормъ.

То же самое иллюстрируется образованіемъ властною рукою законодателя *массы регальныхъ правъ*, до тѣхъ поръ неизвѣстныхъ русскому праву.

Наконецъ, въ обширныхъ предпріятіяхъ, которыя въ наше время выполняются посредствомъ разнаго рода комбинацій договорнаго характера, въ законодательствѣ Петра, мы видимъ ту же исключительную точку зрѣнія пользы государственной и соотвѣтственныхъ сему способовъ дѣйствія. Таково *прорытіе Ладожскаго канала*, которое Петръ находилъ полезнымъ для цѣлаго государства, а потому и требовалъ такого же участія въ дѣлѣ со стороны подданныхъ, какое имѣетъ мѣсто для военныхъ цѣлей. Повинность эта была организована по типу военно-служебной повинности. Люди призывались съ разныхъ концовъ Россіи въ составъ такъ называемой канальной команды. Всѣ черты хотя бы государственнаго, но все же экономическаго предпріятія были, въ особенности въ первую пору, тщательно устранены, хотя уже и тогда было ясно, что доставка людей изъ отдаленныхъ мѣстностей для предположенныхъ работъ представляла очень большія неудобства и для населенія и для самаго предпріятія (См. П. С. З. № 3228).

Законодательные и административные акты такого рода свидѣтельствовали несомнѣнно о чрезвычайной силѣ центральныхъ органовъ государственной власти. Въ иныхъ условіяхъ эта сила способна какъ нельзя лучше содѣйствовать образованію общихъ цивильныхъ нормъ. Но въ ту пору и въ тѣхъ условіяхъ государство стремилось наложить на всякое дѣло до такой степени усердно печать интереса публичнаго, что для развитія, рядомъ съ этой всепоглощающей дѣятельностью государства, сколько нибудь обширной сферы свободы личныхъ и имущественныхъ отношеній оставалось мало мѣста.

F.

Дѣла челобитчиковы.—Условный критерій частно-правнаго отношенія. — Безразличіе методовъ процедированья. — Екатерининская эпоха. — Единство въ правѣ.—Судебная волокита.

Дальнѣйшее развитіе русскаго права въ императорскую эпоху не носило вовсе этого характера полнаго поглощенія государственными интересами всѣхъ элементовъ существенныхъ для развитія права частнаго, хотя *источникомъ права*, совершенно преобладающимъ надъ всѣми другими, *продолжала служить*, до самаго послѣдняго времени, исключительно *указная дѣятельность* центральныхъ органовъ власти.

Чтобъ легче и удобнѣе прослѣдить въ общемъ постепенное обособленіе права частнаго и публичнаго, мы возьмемъ тотъ формальный критерій, которымъ, какъ было видно выше, различается вообще и въ особенности у насъ право цивильное отъ публичнаго. Это *искъ* заинтересованнаго, коимъ ему предоставляется на волю ограждать свой интересъ въ случаяхъ нарушенія юридической нормы.

Мы видѣли выше, что этимъ признакомъ *челобитья* дѣловые практики прошлаго вѣка отличали одинъ родъ дѣлъ, подлежащихъ вѣдомству судебныхъ органовъ, отъ другихъ родовъ дѣлъ, гдѣ нѣтъ челобитчиковъ, или отъ дѣлъ народныхъ, интересныхъ (казенный интересъ), криминальныхъ. Что одинъ признакъ челобитья не всегда есть надежный для опредѣленія свойства права, котораго ищутъ, это несомнѣнно, ибо, какъ извѣстно, съ челобитьями обращались нерѣдко прямо къ государю цѣлыя массы населенія вовсе не по частнымъ только дѣламъ отдѣльныхъ челобитчиковъ. Но тамъ, гдѣ рѣчь идетъ о дѣлѣ судебномъ, о защитѣ посредствомъ суда права уже наличнаго, причемъ, отыскивая свое право, челобитчикъ ограждаетъ только свой интересъ, тамъ противополо-

женіе этого понятія „дѣло челобитчиково“ другому „дѣлу криминальному“, „интересному“, „народному“, даетъ уже достаточно опредѣленный смыслъ [1]).

Для того, однако, чтобъ обособленіе дѣлъ челобитчиковыхъ, т.-е. права частнаго, отъ уголовнаго, административнаго [2]), прошло въ дѣйствительность, стало чертой системы извѣстнаго права, мало простого сознанія юридической практикой различія отдѣльныхъ процессовъ того и другого характера. Нужно для этого много условій. Дѣла челобитчиковы есть всегда и вездѣ. Челомъ бьютъ люди и на востокѣ, когда они и не думаютъ ни о какомъ правѣ, когда имъ нужна защита высшей силы отъ угнетеній какого-нибудь сатрапа, отъ его насилій и поборовъ. И наши памятники указываютъ на такія челобитья, когда низшій органъ власти „не судомъ отъ государя учрежденнымъ“ судитъ, „но сомовольно *судъ похитя*“, пытки безчеловѣчныя чинитъ. Чтобы можно было говорить о сколько-нибудь надежномъ, существующемъ не на бумагѣ только *правѣ челобитчика*, надо, чтобы такія злоупотребленія не составляли ежедневныхъ явленій. Между тѣмъ мы видимъ, что при Аннѣ Ивановнѣ пропадаетъ вовсе даже цѣлый чинъ, очень важный для неуклоннаго отправленія юстиціи, и центральная власть вынуждена опять вызвать къ жизни „ненавидимую“, какъ свидѣтельствуютъ петровскіе указы, должность. Этотъ чинъ есть чинъ прокурорскій, вѣдавшій дѣла всенародныя, по коимъ нѣтъ челобитчиковъ. Насколько же мало и не вдругъ оказывались гарантированными въ этихъ условіяхъ притязанія частныхъ лицъ на защиту ихъ интересовъ со стороны государства!

Начало права частнаго только тогда явится вполнѣ выраженнымъ, когда образуются пригодные для этого органы, когда разрѣшится сплетеніе задачъ правосудія отъ цѣлей управленія, порядка суда уголовнаго отъ суда гражданскаго, *когда станутъ*

---

[1]) Мы указывали на это выше (стр. 49). Сперва противуположеніе понятій публичнаго и приватнаго носитъ признакъ заимствованной терминологіи. Въ одномъ петровскомъ указѣ (П. С. З. № 2673) видно совершенно въ духѣ петровскихъ воззрѣній на государство, что за вредъ государству законъ угрожаетъ смертною казнью, а за *партикулярныя* прегрѣшенія удерживаются старые штрафы. Вполнѣ ясенъ смыслъ *дѣла челобитчикова* въ Инструкціи генер. межеванія (см. № 10237, напр.), гдѣ задача генеральнаго межеванія опредѣляется (какъ и въ позднѣйш. инструкц.) „не яко обыкновенное *челобитчиково дѣло*, а по Нашему Всемилостивѣйшему попеченію объ *общемъ государственномъ* благосостояніи“, а посему при его производствѣ не взыскиваются гербов. пошлины.

[2]) Мы говоримъ здѣсь только объ этой сторонѣ дѣла. Вопросъ объ обособленіи дѣлъ гражданскихъ вообще отъ церковныхъ знакомъ вамъ изъ другихъ чтеній. Для подробностей Ѳ. М. Дмитріева „Исторія судебн. инстанцій“.

извѣстны нормы права, на которыя можетъ опираться частное лицо, требуя отъ суда огражденія своихъ *приватныхъ интересовъ*.

Мы разсмотримъ въ дальнѣйшемъ кратко сначала *образованіе органовъ юстиціи*, которые гарантировали частнымъ лицамъ охрану ихъ правъ; перейдемъ затѣмъ къ очерку попытокъ кодификаціи и средствъ, которыми располагала центральная власть у насъ для достиженія извѣстности права частнаго.

Начиная съ Петра, у насъ крайне силенъ элементъ сыскной, слѣдственный, въ процессахъ всякаго рода, гражданскихъ и уголовныхъ, такъ что чисто-цивильный процессъ вовсе не выдѣлился въ общемъ порядкѣ защиты правъ. Несомнѣнно, что въ дѣлахъ чисто-частныхъ возможенъ судъ 3-хъ. Но, однако, онъ не всегда приложимъ, ибо въ основѣ его лежитъ часто трудно достигаемое начало соглашенія сторонъ въ выборѣ третьихъ. Въ тѣхъ же случаяхъ, гдѣ необходимо вмѣшательство органовъ юстиціи государственной, порядокъ состязательный въ процессѣ этой эпохи мало выработанъ.

Воинскій процессъ 1716 г. знаетъ допросъ свидѣтелей „съ пристрастіемъ“; о пыткѣ для дѣлъ гражданскихъ, вообще говоря, нѣтъ рѣчи, но, однако, „когда свидѣтель въ сказкѣ своей въ важномъ *гражданскомъ* дѣлѣ смутится или обробѣетъ или въ лицѣ измѣнится, то пытанъ бываетъ“ [1]). Провести сколько-нибудь постояннымъ и надежнымъ образомъ *границу суда гражданскаго и уголовнаго*, въ смыслѣ процессуальныхъ принциповъ и методовъ процедированья, было трудно въ тѣхъ условіяхъ, гдѣ интересы публичные были тѣсно сплетены съ дѣлами частными. Только по мѣрѣ обособленія тѣхъ и другихъ интересовъ, возможно стало и общему судебному порядку огражденія правъ частныхъ давать все болѣе и болѣе характеръ, соотвѣтствующій природѣ частнаго права. Озабоченный очень задачами правосудія, Петръ, въ концѣ царствованія, вводитъ судъ по формѣ краткій, устраняющій господство письма, состязательный по принципу (№ 4344 [2]). Но введя такимъ образомъ два порядка, законодатель не могъ дать достаточно яснаго разграниченія для примѣненія того и другого. Въ одномъ изъ многочисленныхъ, вызванныхъ отдѣльными казусами, указовъ читаемъ, что судъ по формѣ имѣетъ быть примѣняемъ „токмо *въ истцовыхъ между ими въ партикулярныхъ дѣлахъ*, окромѣ фискальскихъ и доносителей доношеній, которыя касаются до интересу Его Импер. Величества“ (№ 4607). Но,

[1]) См. П. С., т. V, стр. 404. Этотъ процессъ, какъ извѣстно, есть переводъ съ нѣмецкаго.

[2]) Весь указъ о формѣ суда занимаетъ три страницы въ текстѣ Пол. Собр.

однако, *гдѣ граница* интересовъ государства и частнаго лица въ эту пору, когда и за исправностью выполненія религіозныхъ обязанностей (исповѣди) существуетъ надзоръ государства? (№ 2991). Эта обязанность въ то же время тѣсно связана съ способностью лица быть свидѣтелемъ на судѣ (№ 9237). Каждое судебное дѣло легко могло быть осложнено вмѣшательствомъ пунктомъ фискальнаго характера и получить направленіе несвойственное дѣлу партикулярному. Въ какой мѣрѣ существеннѣйшія гарантіи гражданскаго правосудія мало соблюдались въ практикѣ судовъ, это видно изъ указа Анны Ивановны, который свидѣтельствуетъ, что „нынѣ, не точію въ коллегіяхъ и канцеляріяхъ, и въ самыхъ нижнихъ судахъ, какъ на Москвѣ, такъ и въ городахъ, воеводы, и въ ратушахъ бурмистры, *спорныя дѣла слушаютъ безъ истцовъ и отвѣтчиковъ*, и во время того слушанія, въ тѣ палаты, гдѣ судьи присутствуютъ, ихъ не выпускаютъ“ (№ 5689). Въ процесѣ возобладала письменность и канцелярская тайна, одинаково какъ для дѣлъ гражданскихъ, такъ и для дѣлъ уголовныхъ.

Только въ связи съ Екатерининскими реформами прошла черта болѣе ясная въ порядкѣ отправленія правосудія по дѣламъ гражданскимъ и уголовнымъ, по крайней мѣрѣ, по отношенію къ различію органовъ суда и сыска. Въ методѣ судебной дѣятельности, однако, удерживаются и въ екатерининскихъ учрежденіяхъ признаки старыхъ взглядовъ. Такимъ образомъ, судебное мѣсто обязано, при недостаточности доказательствъ, представленныхъ сторонами, само, ex officio, наводить справки въ другихъ учрежденіяхъ. Возможно было, что и самое дѣло гражданское начиналось независимо отъ воли сторонъ, безъ исковой просьбы, въ силу простого возраженія, предъявленнаго отвѣтчикомъ полиціи противъ производства взысканія въ безспорномъ порядкѣ, что и обязывало полицію препровождать дѣло къ суду.

Количество инстанцій и порядокъ восхожденія дѣлъ изъ низшей въ высшую въ разныхъ случаяхъ сочетанія дѣлъ гражданскихъ съ дѣлами „интересными“, крайне осложнялись и легко допускали смѣшеніе дѣятельности собственно-судебной съ административною и законодательною.

Въ Екатерининскихъ учрежденіяхъ опредѣлились собственно три инстанціи съ различіемъ въ составѣ судовъ по сословіямъ, но и здѣсь вмѣшательство административныхъ органовъ и органовъ надзора продолжало сообщать движенію дѣлъ гражданскихъ отяготительную для тяжущихся медленность производства. Исполнительная стадія производства переходила опять въ руки полиціи. Словомъ, огражденіе интересовъ частныхъ особыми органами суда

гражданскаго далеко еще не ручалось за то, что и самый процессъ будетъ носить характеръ, свойственный защитѣ интересовъ именно этого рода.

Устраненіе указанныхъ недостатковъ не составляло вовсе вопроса одного только усовершенствованія органовъ юстиціи. Чтобъ охранить нѣкоторое единство въ правѣ, законодатель вынужденъ былъ, въ виду недостаточной извѣстности и неполноты развитія цивильныхъ нормъ, искать постоянно сосредоточенія по крайней мѣрѣ органовъ высшей юстиціи въ столицѣ.

Всякій разъ, когда эта централизація юстиціи въ приказахъ и коллегіяхъ становилась до крайности обременительной, въ особенности для иногородныхъ тяжущихся, высшее правительство вновь ставило на очередь задачи общаго пересмотра законовъ, согласованія новыхъ указовъ съ Уложеніемъ, заимствованія чужеземныхъ законовъ, сочиненія новыхъ и прочее. И это тянется въ продолженіе всего XVIII вѣка. Безпрерывныя жалобы на судебную волокиту, наполняющія наши историческіе памятники, объясняются, съ одной стороны, именно этимъ стремленіемъ поддержать единство въ правѣ, съ другой — невозможностью выработать нормы юридическія, достаточно полныя и удобопримѣнимыя, при которыхъ децентрализація юстиціи не разрушала бы единства права.

Въ Екатерининскую эпоху *децентрализація судовъ* была уже очень значительна.

И такъ, наряду съ этими насущными задачами: 1) сохранить единство права и 2) приблизить органы правосудія къ мѣстамъ и лицамъ, которымъ они должны служить, идутъ двѣ другія проблемы, выполненіе которыхъ поглощаетъ все вниманіе правительства въ XVIII и въ началѣ XIX вѣка. Это — *удовлетвореніе всеобщей жажды нормъ и исканіе средствъ*, которыя способны *привести въ извѣстность право.*

G.

Обиліе партикуляризмовъ. — Жажда нормъ. — Рессурсы со стороны. — Отечественныя школы юриспруденціи.—Университетъ; мысли Екатерины II.—Приведеніе въ извѣстность массы указовъ.—Сперанскій.—Т. X. ч. 1; характеристика его состава.—Общій сводъ и общее право.

Въ очеркахъ культуры гражданскаго права на западѣ мы видѣли, что рядомъ съ положительнымъ закономъ *для цѣлей извѣстности права* служатъ долгое время обычаи юридическіе, разработка нормъ въ практикѣ судовъ, научные труды юристовъ.

Этими разными путями образуются частью обильные партикуляризмы, которые, затѣмъ, особенно въ новое время, объединяются началами права общаго, въ большинствѣ случаевъ заимствованнаго изъ римскихъ источниковъ, во Франціи, сверхъ того, посредствующею дѣятельностью центральныхъ органовъ законодательства и суда. Отъ старыхъ условій быта, исключительно національнаго, переходъ къ началамъ общенія совершался тамъ безъ рѣзкихъ поворотовъ, путемъ органическимъ.

Явленія другого рода характеризовали нашъ юридическій бытъ особенно *въ императорскую эпоху*. Памятники стараго русскаго права, въ коихъ элементы права частнаго обособились отъ публичнаго и гдѣ зарождались, такимъ образомъ, начала общности,— остаются въ эту эпоху никому неизвѣстными. Для достиженія видовъ правительства казалось болѣе цѣлесообразнымъ идти скорымъ шагомъ заимствованія готовыхъ чужихъ формъ быта и права, чѣмъ слѣдовать медленному пути изученія и приноровленія старыхъ національныхъ нормъ къ новымъ условіямъ жизни. *Связь съ русской юридической стариной была* теперь еще рѣзче *порвана*, чѣмъ въ XVI вѣкѣ. Это было въ самомъ дѣлѣ *„общество, не помнящее родства“*.

Различенія въ правѣ западномъ такихъ началъ, которыя суть общія, отъ иныхъ, чисто локальныхъ, не умѣли сдѣлать, и вмѣсто того, чтобъ вводить на-ряду съ своими мѣстными институтами чужіе общіе, спѣшили свои національные институты вытѣснить и замѣнить тоже національными, но только чужими.

Никакого внутренняго единства въ этой исторической фазѣ праворазвитія обширной имперіи усмотрѣть нельзя. Розныя области, вошедшія въ ея составъ, остаются розными. Примиряющаго эту рознь внутренняго начала не находятъ. Скорѣе, наоборотъ, къ старымъ началамъ розни въ правѣ готовы присоединиться новыя. Балтійскія провинціи съ каждымъ новымъ царствованіемъ ходатайствуютъ объ утвержденіи мѣстныхъ привилегій. На западѣ дѣйствуетъ литовскій статутъ. На югѣ собираютъ права, по коимъ живетъ малороссійскій народъ. Во внутреннихъ губерніяхъ не могутъ разобраться въ обиліи законодательнаго матеріала.

Многократно повторяемые указы, направленные, частью, противъ постоянно возобновляемаго непосредственнаго обращенія подданныхъ къ главѣ государства, мимо установленныхъ инстанцій по дѣламъ суда, частью противъ практики сепаратныхъ указовъ, стало быть, противъ дѣятельности самой же власти, безпрестанно нарушаются. Убѣдиться въ этомъ легко, взявъ многочисленные случаи того и другого рода изъ Полнаго собранія

законовъ. Въ результатѣ получается *неизвѣстность права не только для подданныхъ, но иногда и для высшихъ установленій имперіи* [1]).

Въ этомъ движеніи характерно одно, это — непрестанное стремленіе изъ какихъ бы то ни было рессурсовъ, въ особенности, конечно, изъ иностранныхъ законодательствъ, удовлетворить какъ можно скорѣе настоятельную *потребность въ юридическихъ нормахъ* и создать по возможности быстро классъ лицъ, способныхъ выполнить намѣренія правительства.

Я не буду вовсе останавливать вниманія на столь же многочисленныхъ, сколь неудачныхъ попыткахъ *кодификаціи*, долженствовавшей замѣнить старѣющее Уложеніе царя Алексѣя Михайловича и разнородные мѣстные сборники [2]). Эти попытки дѣ-

---

[1]) Для иллюстраціи возьмемъ слѣд. №№ Полн. Собр.: 2785 и 3574 (различеніе указовъ и сенатск. приговоровъ по генеральн. дѣламъ и обязательность ихъ публикаціи), 2828 (отмѣна сепаратн. указовъ, возобновленіе общаго примѣненія Уложенія и виды на исправленіе его), 3904 и 3947 (указаніе апелл. порядка и запрещеніе обращаться прямо къ государю), 5999 (вотчин. коллегія отсрочиваетъ рѣшенія въ виду ожидаемой главы новаго уложенія по предметамъ ея вѣдомства). 6686 (докладъ академіи наукъ о необходимости вновь напечатать старое Уложеніе, котораго *нигдѣ ни за какія деньги получить нельзя*); печатаются книжки указомъ отъ 1714 до 1725), 7013 (повтореніе угрозъ судьямъ и секретарямъ съ обличеніемъ злоупотребленій), 7078 (сенатъ освѣдомляется, что изъ Кабинета Ея Величества шлютъ въ губерніи и провинціи указы, *о коихъ сенатъ вовсе не знаетъ* и въ виду этого приказываетъ, чтобъ таковые (кромѣ дѣлъ тайной канцеляріи) въ коіи препровождались въ сенатъ, дабы за неизвѣстностью закона на одно дѣло не полагалось разныхъ резолюцій; 8480 (реестръ указамъ прежнихъ царствованій, кои пользѣ государственной противны) 8695 (самоограниченіе власти — безъ письмен. начертанія указовъ не выполнять), 8722 (именной, объявленный кофишенкомъ Ниловымъ генералъ-полиціймейстеру объ освобожденіи каторжн. работниковъ въ праздничн. дни). При Екатеринѣ II опять тоже: № 11606 (о неподачѣ просьбъ на Высоч. имя мимо инстанцій); № 12456 (опять различеніе генеральнаго положенія и по свойству вещей исключительныхъ и особливыхъ резоновъ) и прочее.

[2]) Вопросъ о кодификаціи сталъ на очередь со времени накопившихся послѣ Уложенія указовъ еще въ концѣ XVII в. Полное собраніе законовъ заключаетъ въ себѣ цѣлую массу попытокъ обнять отдѣльныя области права и управленія болѣе или менѣе обширными законодательными актами. Мы уже говорили выше о такихъ мѣрахъ по отношенію къ процессу. Мы не будемъ касаться здѣсь разныхъ отраслей управленія, которыя законодатель регламентируетъ очень дѣятельно, часто близко при этомъ касаясь и вопросовъ права. Крайне важныя для отдѣльныхъ институтовъ, особенно торговаго права, сословной организаціи, задачъ межеванія, сложные законодательные акты удовлетворяютъ только отчасти общей потребности въ нормахъ. Цѣль многочисленныхъ законодательныхъ коммиссій въ XVIII в. состоитъ въ томъ, чтобъ привести къ согласію и единству все дѣйствующее право, исправить Уложеніе, составлявшее дѣйствительно обширный кодификаціонный актъ, или написать новое, которое явило бы законодателю отраженіе въ единой книгѣ, въ одной системѣ всего дѣйствующаго права. Преобразовательныя предпріятія смѣнялись до такой степени быстро, задачи управленія и суда были такъ необъятно широки, что достиженіе этой цѣли, при тогдашнихъ научныхъ средствахъ, было совершенно невозможно. Гдѣ можно было списать съ иноземнаго,—дѣло казалось простымъ. Но и тутъ недоразумѣнія преслѣдовали нашихъ старыхъ кодификаторовъ. Извѣстенъ громадный уставъ воинскій, напечат. подъ № 3006

лались и для области общей указной дѣятельности законодательныхъ органовъ и для отдѣльныхъ территорій государства, въ коихъ удержались традиціонные мѣстные источники, дѣйствовавшіе до присоединенія ихъ къ Россіи. Частію это было видно выше для прошлаго времени, для текущаго столѣтія мы укажемъ на нихъ въ своемъ мѣстѣ.

Одновременно съ этой жаждой нормъ гораздо болѣе важнымъ и плодотворнымъ явленіемъ было наступавшее *сознаніе необходимости обучаться юриспруденціи.* Вы слышите ясно голосъ этого сознанія еще въ петровскихъ указахъ. На меморіумъ иноземца Фика Петръ кладетъ свою резолюцію объ учрежденіи академіи и сознаетъ вмѣстѣ съ этимъ необходимость школы для служащихъ (№ 3208). Въ другомъ случаѣ Петръ негодуетъ на

въ П. С. З. и содержащій въ себѣ 250 стр. русскаго и нѣмецкаго текста. Въ этомъ уставѣ (стр. 282 и слѣд. по П. С.) найдете и краткое изображеніе процессовъ. Въ процессѣ надлежало опредѣлить силу судебныхъ доказательствъ. Въ гл. IV (стр. 400) рѣчь идетъ о доказательствахъ письменныхъ. § 5 устанавливаетъ доказательную силу торговой книги. Перечисляются условія исправности книговодства. Нѣмецкій текстъ говоритъ такъ: im gleichen (равнымъ образомъ надлежитъ) dass auch von *jeder Geldes-Post die Summa und Datum* annotiret sei (чтобъ при каждой денежной записи въ книгу, т.-е. при каждой статьѣ счета, была обозначаема сумма и число мѣсяца). Этотъ нѣмецкій текстъ переводится такъ: *„въ каждый почтовый день число записано“.* 7-го января 1720 года начались засѣданія для слушанія Уложенія. Сличали наше Уложеніе съ шведскимъ, а для помѣстнаго дѣла съ правами эстляндскими и лифляндск., съ коими оно сходнѣе, и почитай однимъ манеромъ владѣніе имѣютъ, какъ у насъ, ср. №№ 3202, 3626, 3661, 3879, 4658 (коммиссія обновлена въ составѣ), 4895 (слушаютъ въ сенатѣ новосочинен. уложеніе по сношенію съ иностран. образцами), 4980 (выбираютъ членовъ „у сочиненія новаго уложенія“ отъ разн. сословій), 5287 (пополняютъ уложеніе), 5330 (сочиняютъ уложеніе въ Лифляндіи, тоже слѣд. №№), 5412 (распускаютъ коммиссію и велятъ выслать по два человѣка отъ губерніи для того же дѣла). № 5567 (это уже при Аннѣ Ивановнѣ—выбираютъ отъ разн. сословій для окончанія уложенія), 5654 (сочиненіе продолжается), 5994 (ждутъ появленія уложенія и отсрочиваютъ въ вотчин. кол. рѣшеніе дѣлъ), 6611 (собираютъ въ Москвѣ духовн. и свѣтск. персонъ для свода и сочин. правъ малороссійскихъ), 6614 (право, назван. магдебургскимъ, да саксонск. статуты переводятъ на великорус. яз.), 6837 (прибавляютъ къ 12 малороссамъ одного великоросса) 8355 (сочиняютъ нов. лифляндское уложеніе). При Елизаветѣ Петровнѣ дѣло возобновляется въ духѣ, совершенно напоминающемъ кодификаціонную дѣятельность того времени на западѣ, „сочинить законы ясные, всѣмъ понятные и настоящ. времени приличные“. Дѣятельность Екатерининской коммиссіи подробно знакома вамъ изъ чтеній по исторіи русскаго права. У графа Сперанскаго, въ брошюрѣ „Обозрѣніе историческ. свѣдѣній о сводѣ законовъ“, о которой скажемъ ниже, вычислены денежныя затраты, сдѣланныя правительствомъ, начиная отъ 1734 до 1826 г., на дѣло кодификаціи. Сумма этихъ тратъ, sans parler des récompenses et des encouragemens, какъ сказано во франц. переводѣ этой брошюры, достигаетъ пяти милліоновъ шестисотъ семидесяти тысячъ рублей évalués en assignations. Какъ переводились деньги съ серебра на ассигнаціи—объ этомъ можно составить себѣ понятіе изъ недавно публикованной частной переписки графа Сперанскаго. Изъ этихъ писемъ въ „Русской Старинѣ“ за истекшій (86) годъ можно узнать не только способы оперировать съ ассигнаціями, но и много другихъ любопытныхъ подробностей. Натурально, послѣ 1826 года ни поощренія, ни расходы не стали меньше прежняго. См. теперь особенно В. Н. Латкина „Законодательныя Коммиссіи въ Россіи“ въ XVIII в., т. I, 1887.

то, что „здѣсь еще ученія не гораздо вкоренились, паче же въ гражданскихъ дѣлахъ“ (№ 3895). Для службы въ коллегіяхъ приходится призывать изъ чужихъ земель Бемчанъ (Чеховъ), Шленцевъ, Моравцевъ (№ 2967) и своихъ слать въ Краловецъ (5286). Для науки права приглашаютъ тоже съ запада ученыхъ и въ правовѣдѣніи искусныхъ людей (№ 2928). Необходимы не только чужіе законы, чужіе люди, но и чужія книги, и Петръ пишетъ своему резиденту въ Австріи, чтобы нашелъ ему лексиконъ универсалисъ и книгу юриспруденціи (№ 2967). Надо переводить эти вещи, но не съ однимъ знаніемъ языка, а съ знаніемъ того *художества, котораго переводъ касается*, математическаго, анатомическаго, *цивилисъ*, милитарисъ (№ 4438). Наконецъ учреждается академія и при ней университетъ, гдѣ наукамъ высокимъ, до какого состоянія онѣ дошли, молодыхъ людей обучаютъ [1]). Между этими науками впереди стоитъ геологія, затѣмъ юриспруденція (правъ искусство). Въ 3-мъ классѣ наукъ преподаютъ право натуральное и публичное купно съ этикой и политикой (4443). Однако, прежде университета, для цѣлей преподаванія, образуютъ кадетскій корпусъ, въ коемъ учатъ и юриспруденціи, притомъ на иностранныхъ языкахъ, по тому соображенію, что ученики скорѣе научатся ихъ понимать, чѣмъ учителя изъясняться по-русски (5811, 5894). Но за симъ сама академія требуетъ высылки 20-ти учениковъ для обученія ихъ вышнимъ наукамъ (6816). Обученіе идетъ (для недорослей) и при сенатѣ. Понемногу приходятъ къ сознанію, что „къ правленію государствъ ничто такъ нужно, какъ крѣпкое храненіе правъ гражданскихъ“ (7151). Къ познаніямъ, необходимымъ для юриста, причисляются не только законы (уложеніе, генер. регламентъ и указы), но вмѣстѣ съ этимъ логика, нравоучительная философія и юриспруденція (№№ 7369 и 9532).

Въ Москвѣ учреждается *первый* университетъ въ 1755 году. *Императрица Екатерина опредѣляетъ различіе между назначеніемъ академіи и университета, съ одной стороны, и корпусовъ — съ другой. Тамъ ученики должны того достигнуть, чтобы другихъ обучать могли, а кадетамъ довольно знать, какимъ образомъ тѣми науками пользоваться (№ 12741).*

---

[1]) Въ этомъ разница отъ академіи, гдѣ производятся новые инвенты, а не обученіе. Нѣсколько лѣтъ назадъ въ трудахъ нашей Академіи Наукъ графъ Д. А. Толстой помѣстилъ два изслѣдованія объ академич. университетѣ и гимназіи, крайне любопытныя съ бытовой точки зрѣнія. Для общей характеристики школьнаго дѣла въ древней Россіи см. Варшав. Унив. Изв. 94 г. статья проф. Ѳ. И. Леонтовича. „Школьный вопросъ въ древней Россіи“, съ обильн. библіографич. указаніями частью и для позднѣйш. времени.

Въ шляхетскихъ корпусахъ продолжаютъ преподавать не законы только, а право естественное, всенародное, государственныя права и экономію государственную.

Мы переходимъ такимъ образомъ медленнымъ путемъ отъ крайне поверхностнаго взгляда на задачи общественныхъ преобразованій къ сознанію трудности этого дѣла и къ болѣе скромнымъ задачамъ по отношенію къ законодательству и юриспруденціи. И едва-ли будетъ ошибочнымъ сказать, что эта *легкость взгляда на законодательныя реформы стоитъ всегда въ обратномъ отношеніи къ солидности познаній.* Отъ непомѣрно трудныхъ задачъ, которыя ставились, при отсутствіи всякихъ научныхъ рессурсовъ, русскому законодательству въ прошломъ вѣкѣ, черезъ всѣ перипетіи реформенныхъ идей Екатерининскаго и Александровскаго царствованія, мы пришли въ XIX вѣкѣ къ сознанію необходимости *хотя бы только собрать воедино*, свести въ нѣкоторое цѣлое невѣроятную массу указовъ, перебивавшихъ одинъ другой въ теченіе ста семидесяти слишкомъ лѣтъ, слѣдовавшихъ за введеніемъ въ дѣйствіе Уложенія царя Алексѣя Михайловича. Задачи, казалось, выше поставленныя не приводили ни къ какому практическому результату. Еще въ первую пору Александровскаго царствованія въ руководящихъ сферахъ подходили весьма близко къ мысли прямо заимствовать для русскаго права французскій кодексъ. Мы видѣли легкость, съ которою онъ прививался внѣ французской территоріи. Возможно ли, однако, было у насъ, въ ту пору неустраненнаго господства односторонневластныхъ и далеко не-цивильныхъ отношеній, коими опредѣлялся весь нашъ бытъ, возможно ли и нужно ли было введеніе этой, французской или иной, чисто-цивильной системы? Можно ли было въ тѣхъ условіяхъ овладѣть нашей практикой съ помощью нормъ такого происхожденія и такого свойства? не вѣроятнѣе ли, что такой кодексъ остался бы самъ по себѣ, а практика сама по себѣ? Вопросъ стоялъ на очереди. Карамзинъ, въ рукахъ котораго были всѣ сокровища историческихъ знаній нашей и западной жизни, отвѣчалъ на этотъ вопросъ отрицательно. Мысль Карамзина заключается въ томъ, что о правахъ гражданскихъ нельзя трактовать основательно тамъ, гдѣ нѣтъ гражданъ, а есть дворяне, купцы, мѣщане и проч., и гдѣ всѣ эти лица связаны развѣ только именемъ русскихъ.

Работы такъ называемой десятой коммиссіи, имѣвшей въ виду не сводъ законовъ, а выработку кодексовъ гражданскаго, торговаго и уголовнаго правъ, притомъ не для центральныхъ только русскихъ областей, а также и для территорій провинціальнаго

права, представляютъ весьма значительный интересъ не для однѣхъ историческихъ штудій; но, однако, создать въ такомъ смыслѣ и значеніи цивильнаго кодекса эта десятая коммиссія не могла.

Графъ Сперанскій въ упомянутой выше брошюрѣ указываетъ главнымъ образомъ *на недостаточность разработки стараго законодательства* какъ на препятствіе достиженію видовъ правительства. Это несомнѣнно. Но и послѣдовавшая, засимъ, разработка 35 тыс. указовъ все-таки не привела къ цѣли, т.-е. и послѣ изданія Полнаго собранія законовъ и выполненія, подъ руководствомъ Сперанскаго, Свода, томъ X-й этого свода все-таки не представилъ собою системы русскаго гражданскаго права и въ связи съ этимъ началъ права общаго для русскаго государства, какимъ былъ Code civil для государства французскаго. Это ни въ малѣйшей степени не зависѣло ни отъ какихъ кодификаторовъ, совершенно такъ, какъ не зависѣло отъ нѣмецкихъ ученыхъ придти къ единому нѣмецкому гражданскому кодексу въ 1814 году. У нѣмцевъ для этого недоставало органа власти, соотвѣтствующаго цѣли. У насъ недоставало условій для обособленія области институтовъ цивильныхъ отъ иныхъ.

Во всякомъ случаѣ новая коммиссія (назовемъ ее 11-ю) достигла болѣе практическихъ результатовъ, чѣмъ какая бы то ни было изъ предшествующихъ. Любопытно, что душою дѣла былъ на этотъ разъ не юристъ, а теологъ по образованію.

Неблагопріятный въ эпоху петровскихъ реформъ разрывъ со старой юриспруденціей духовныхъ лицъ здѣсь какъ будто былъ исправленъ. Во главѣ дѣла стоялъ человѣкъ солидной, хотя и не спеціальной школы, испытаннаго трудолюбія, характера вполнѣ опредѣлившагося въ тяжкой борьбѣ житейскаго опыта [1]).

Задача замѣны Уложенія новымъ сводомъ была выполнена Сперанскимъ. Счетъ указамъ, послѣдовавшимъ съ 29 января 1649 года до 1 января 1832, наконецъ, подведенъ. Ихъ, вмѣстѣ съ манифестами, оказалось 34,333 [2]). Этотъ матеріалъ законовъ очищенъ, систематизированъ и въ этомъ видѣ получилъ санкцію

---

[1]) Жизнь графа Сперанскаго, М. А. Корфа, два тома, 1861 г., біографія нынѣ могущая быть дополненною очень обильными новыми свѣдѣніями, особенно публикуемыми въ „Русской Старинѣ“ остатками переписки покойнаго государств. человѣка.

[2]) Всѣ свѣдѣнія, оффиціально въ ту пору публикованныя по вопросу о работахъ коммисіи, находятся въ особой запискѣ, озаглавл. „Обозрѣніе историческихъ свѣдѣній о сводѣ законовъ“ 1833 г., тогда же перевед. на французск. языкъ „Précis des notions historiques sur la formation du corps des lois russes. St.-Petersbourg. 1833“. Въ концѣ приложена таблица находившагося въ переработкѣ матеріала. Сверхъ показаннаго числа указовъ здѣсь найдете еще рядъ документовъ иного рода и иныхъ наименованій, которые даютъ вмѣстѣ число 35,993.

дѣйствующаго съ 1 января 1835 года Свода законовъ Россійской имперіи.

Въ предисловіи къ Полному собранію законовъ [1]) вы читаете по поводу составленія свода, что Его Имп. Вел. принялъ оное (дѣло) „въ непосредственное свое вѣдѣніе и вмѣстилъ во II отд. Собст. Его Вел. канцеляріи". Понятіе „свода" установлено такъ — это „уложеніе извѣстной части законовъ, приведенныхъ въ простой и удобный порядокъ, съ отмѣною всего недѣйствующаго и съ соглашеніемъ противорѣчій". „Онъ отличается отъ другого вида уложеній тѣмъ единственно, что въ немъ излагаются съ точностью одни законы существующіе, въ истинномъ и полномъ ихъ смыслѣ, безъ исправленія ихъ, дополненія, или усовершенія". Та цѣль, которая до тѣхъ поръ много разъ ставилась, именно приведеніе *дѣйствующаго законодательства въ единство*, была достигнута. Никакія частныя обработки стараго матеріала не могли въ цѣломъ стать въ уровень съ этой оффиціальной переработкой, хотя бы онѣ вѣрнѣе передавали содержаніе старыхъ указовъ.

По отношенію къ дальнѣйшему развитію права законодатель принялъ всѣ мѣры, чтобы устранить шаткость практики, и указалъ точно путь, коему надлежитъ слѣдовать въ случаяхъ недостатка, неясности, неполноты закона.

Могло-ли быть иначе при томъ матеріалѣ, который вошелъ въ составъ свода? Это былъ матеріалъ по происхожденію своему исключительно легальный, который ближайшимъ образомъ можетъ быть поставленъ въ соотвѣтствіе съ королевскими ordonnance'ами въ составѣ французскаго кодекса. Мы видѣли тамъ, что задача унификаціи права была достигнута извѣстнымъ разрывомъ редижированныхъ въ Code'ѣ артиклей съ, ихъ первоисточниками [2]) Этотъ разрывъ тамъ носилъ несомнѣнно характеръ болѣе насильственный, болѣе рѣзкій по отношенію къ факторамъ прежняго праворазвитія, чѣмъ у насъ, гдѣ собственно произошла только замѣна мало доступнаго для частнаго лица, дурно согласованнаго матеріала указовъ ихъ сводомъ, составленнымъ оффиціальной коммиссіей подъ непосредственнымъ вѣдѣніемъ Государя.

---

[1]) Это предисловіе заключаетъ въ себѣ много важныхъ свѣдѣній, поясняющихъ цѣль изданія Полн. собранія законовъ. У насъ по вопросу объ отношеніи свода законовъ къ матеріалу, изъ коего онъ составленъ, высказывались разныя мнѣнія. Смотри Цитовича „Курсъ русск. гражд. права", начатый изданіемъ при Записк. новор. универ. приложеніе къ 25 т. (ученіе объ источ. права). Тутъ же подробное описаніе смѣны изданій. Теперь еще у Н. М. Коркунова Общая теорія права и его же статья въ Ж. М. Н. П. сентяб. 94 г. „Знач. Св. Закон."

[2]) Хотя, какъ было видно частью выше и какъ мы будемъ имѣть еще случай убѣдиться впослѣдствіи, и тамъ вопросъ объ отношеніи Code civil къ прежнимъ источникамъ не безспоренъ въ юриспруденціи.

Необходимо замѣтить, что и по *объему дѣйствія* эти руководящія начала для составленія и дальнѣйшаго примѣненія свода выражены были не по отношенію къ какой-либо обособившейся отрасли права, гдѣ допустима болѣе или менѣе свободная дѣятельность юристовъ (какъ, наприм., въ правѣ гражданскомъ), а въ виду всего состава свода.

Такова „structura nova veterum legum", эпиграфъ изъ Бэкона, принятый Сперанскимъ за девизъ всего своего дѣла.

Мы указали сейчасъ на несходство матеріала, изъ котораго образовался нашъ X т., съ матеріаломъ, вошедшимъ въ составъ другихъ европейскихъ кодексовъ. Посмотримъ же, каковъ этотъ *составъ*. Будемъ держаться тѣхъ же общихъ критеріевъ, коими мы пользовались выше для опредѣленія состава другихъ кодексовъ. Начнемъ съ общихъ опредѣленій, касающихся лица, гражданской правоспособности людей. Въ X т. мы не найдемъ вовсе раздѣла, соотвѣтствующаго абстрактному ученію о лицахъ, des personnes, о ихъ общей право- и дѣеспособности. Для правоспособнаго субъекта безъ всякихъ квалификацій, сословныхъ, племенныхъ, исповѣдныхъ, вы не найдете почти никакихъ общихъ опредѣленій. Въ такихъ статьяхъ X т., гдѣ субъектомъ имущественныхъ правъ названо *частное* лицо, тамъ пространство и свойство этихъ правъ опредѣляется не X-мъ томомъ, а законами о состояніяхъ, сводомъ военныхъ постановленій и другими частями законодательства (о чемъ позже). Затѣмъ, въ отдѣльныхъ положеніяхъ X т., правоспособность лицъ, при всей скудости его статей (особ. въ 1-мъ изданіи), условлена множествомъ видоизмѣненій не только по состояніямъ, но и по исповѣданіямъ, территоріямъ, племенамъ, такъ что количество положеній характера общаго становится за этими исключеніями крайне бѣднымъ.—Та же черта скудости общихъ опредѣленій для понятія лица характеризуетъ X т. и въ отношеніи къ понятію вещи. Для эпохи составленія свода весь кругъ вещей, предметовъ обладанія, на которомъ преимущественно упражнялась указная дѣятельность, ограничивался населенными имѣніями. Цѣль законодателя при этомъ далеко не всегда была исключительно цивильною, а весьма часто, съ этимъ вмѣстѣ, и финансовою. Обмѣнъ имуществъ движимыхъ мало занималъ въ ту пору законодателя. Институты торговаго права, весь кругъ кредитныхъ операцій, такъ близко нынѣ прикасающихся общей цивильной юрисдикціи, поставлены внѣ всякой связи съ системой гражданскихъ институтовъ. Словомъ, нашъ сводъ гражданскихъ законовъ по своему составу подходилъ гораздо ближе къ указаннымъ выше особен-

ностямъ Литовскаго статута въ соотвѣтствующихъ его частяхъ, чѣмъ къ какому-либо новому европейскому кодексу.

Возможно ли было въ этихъ условіяхъ ожидать, что кодификаціонная работа графа Сперанскаго послужитъ средствомъ для дальнѣйшаго объединенія дѣйствующихъ въ разныхъ русскихъ территоріяхъ партикулярныхъ системъ цивильныхъ институтовъ?

При ближайшемъ опытѣ такого объединенія оказалось возможнымъ ввести въ составъ свода лишь рядъ отдѣльныхъ положеній Литовскаго статута, котораго примѣненіе было ограничено губерніями Полтавскою и Черниговскою [1]). Во 2-мъ изд. (42 г.) вы уже находите это осложненіе состава X тома. Натурально оно ровно ничего не прибавило къ началамъ общности права, ибо *общій сводъ и понятіе общаго права* суть совершенно различныя по своему смыслу.

Едва ли можетъ быть сомнѣніе, однако, что эти оба понятія не вполнѣ ясно различались въ кодификаціонной практикѣ II отдѣленія.

Начиная съ XVIII в., мы видимъ, что русскій законодатель дѣлаетъ значительныя усилія для приведенія въ извѣстность дѣйствующихъ привилегій и правъ разныхъ присоединенныхъ къ Россіи территорій. Повидимому, руководящіе круги одной изъ такихъ территорій, именно остзейскаго края, мало заинтересованы въ томъ, чтобъ содержаніе мѣстныхъ правъ становилось вполнѣ извѣстнымъ центральной власти; иначе приведеніе ихъ въ извѣстность не встрѣтило бы затрудненій при существованіи отдѣльнаго факультета юристовъ въ университетѣ дерптскомъ. Такимъ образомъ все болѣе и болѣе старѣющія привилегіи обновляются, молодѣютъ, такъ сказать, лишь посредствомъ новыхъ подтвержденій ихъ силы при всякой перемѣнѣ царствующаго въ Россіи государя. Положеніе дѣла стало серьезнымъ при начавшейся и выполненной въ царствованіе императора Николая кодификаціонной работѣ. Тѣмъ не менѣе кодифицировать именно гражданское право не удалось въ ту пору. Мѣстные юрисконсульты утверждали, что при 4-хъ переводчикахъ нужно для простого перевода подлежащихъ документовъ отъ 6 до 8 лѣтъ времени, чтобъ сдѣлать одну эту подготовительную работу [2]). Право, дѣйствующее въ этой окраинѣ, оставалось такимъ обра-

[1]) Мы убѣдимся позже, при обозрѣніи отдѣльныхъ институтовъ, что формальное прекращеніе примѣненія литовскаго статута на его старой исторической почвѣ не оказало предполагавшагося вліянія и скудный содержаніемъ X т. не вытѣснилъ изъ жизни старыхъ источниковъ.

[2]) Подробное описаніе этихъ операцій мѣстныхъ юрисконсультовъ можно видѣть у Пахмана въ Исторіи кодификаціи, т. II.

зомъ никому неизвѣстнымъ въ цѣломъ, ни русскому правительству, ни мѣстнымъ подданнымъ русскаго государства вообще, ибо источники начертаны на многихъ языкахъ, частью чужихъ этой странѣ въ ея современномъ состояніи. Лишь въ 64 году приведены въ извѣстность и публикованы на языкахъ нѣмецкомъ и русскомъ мѣстные гражданскіе законы. Названіе этихъ нормъ законами не имѣетъ того же смысла, какой имѣетъ оно для центральной русской территоріи, ибо источникъ здѣсь иной, чѣмъ въ Россіи, т.-е. не указы русскихъ государей, а священное писаніе, право римское, каноническое, германское, шведское земское и городовое уложеніе, права рыцарскія, городскія, отдѣльныя привилегіи и такъ называемые автономическіе источники права. Можно было бы полагать, что право римское дастъ тутъ начало сближенія и общности для отдѣльныхъ областей и откроетъ путь къ правообщенію, хотя впослѣдствіи, съ правами мѣстными другихъ русскихъ территорій. Но это ошибочно, ибо мѣстный сводъ даетъ впереди силу особеннымъ „узаконеніямъ“ и всѣ начала общности отодвигаетъ на второй, на третій планъ. Русскіе законы признаются, на ряду съ иностранными, лишь какъ законы посторонніе (см. Введеніе XXVII и слѣд.).—Если источники для составленія свода не суть законы, въ томъ смыслѣ, какъ источники русскаго свода, то „гражданскими“ ихъ можно назвать лишь съ той же оговоркой, какую дѣлалъ Карамзинъ для проектировавшихся правъ гражданскихъ тамъ, гдѣ гражданъ вовсе нѣтъ.

Въ другихъ обширныхъ областяхъ имперіи, въ Царствѣ Польскомъ, въ Бессарабской губерніи вмѣстѣ съ возсоединенными по берлинскому трактату частями Бессарабіи, дѣйствуютъ сборники законовъ, частью совершенно законченные и чисто-цивильные, какъ въ Польшѣ (Наполеоновъ кодексъ), частью менѣе законченные и значительно видоизмѣненные вліяніемъ указной дѣятельности русскаго правительства, какъ въ Бессарабіи и на Кавказѣ [1]).

Мы имѣемъ такимъ образомъ, для современнаго примѣненія въ Россіи, не только сборникъ законовъ общихъ и мѣстныхъ, племенныхъ, исповѣдныхъ (о чемъ—въ обзорѣ отдѣльныхъ инсти-

---

[1]) Подробности у Линовскаго „О мѣстныхъ законахъ Бессарабіи“ 42 г., у Даневскаго, указ. выше сочиненіе Заборовскаго „Гражданское право Царства Польскаго“ 47 г., все вмѣстѣ у Пахмана, по назван. сочиненіямъ и другимъ, вмѣстѣ съ краткимъ описаніемъ дѣйствующихъ въ Бессарабіи и на Кавказѣ сборниковъ и современнымъ положеніемъ дѣлъ. Тутъ же нѣсколько словъ о Финляндіи, до сихъ поръ связанной больше съ Швеціей, чѣмъ съ Россіей въ ея гражданскомъ правѣ.

тутовъ), развившихся на старой почвѣ цивильнаго праворазвитія и соединенныхъ *механически въ одинъ сводъ*, но и болѣе или менѣе непокорные стремленію центральной власти къ объединенію права обширные мѣстные кодексы, изъ коихъ остзейскія гражданскія узаконенія представляютъ собою и по количеству положеній (4600 статей), и по свойству ихъ (старыя привилегіи часто совершенно нецивильнаго характера) наименѣе удобную для ассимиляціи матерію.

Главнѣйшее препятствіе объединенію гражданскаго права всего государства, въ эпоху образованія сводовъ, составляло свойство матеріала, подлежавшаго обработкѣ, *указнаго* по способу возникновенія въ однихъ мѣстахъ и хотя инороднаго въ другихъ, но по содержанію своему все же далеко *не чисто-цивильнаго*. Достигнуть объединенія права въ этихъ условіяхъ не могли бы никакія усилія науки гражданскаго права. Тамъ, гдѣ изъ состава гражданскихъ сборниковъ не выдѣлены начала права публичнаго, сильный элементъ привилегій, тамъ могутъ имѣть мѣсто *только своды болѣе или менѣе общіе, а не общее право*. Въ правѣ, при этихъ условіяхъ, неизбѣжно преобладаніе партикуляризмовъ и мѣстныхъ, сословныхъ и иныхъ особенностей.

Н.

Обособленіе права публичнаго и частнаго въ эпоху Великихъ реформъ. — Судебные Уставы Императора Александра II.—Законъ и судъ.

Мы видѣли выше, въ исторіи французскаго права, такъ называемый période intermédiaire, когда рядомъ отдѣльныхъ законодательныхъ актовъ устранены были въ исторически сложившихся формахъ французской національной жизни всѣ препятствія, стоявшія до того на пути къ обособленію права частнаго и развитію, вмѣстѣ съ тѣмъ, началъ общности, выразившихся въ Code civil. Процессъ того же рода происходилъ, въ значительно видоизмѣненныхъ формахъ, много медленнѣе и лишь въ отдѣльныхъ институтахъ, въ Германіи, въ особенности въ XIX вѣкѣ. Это тоже процессъ замѣны старыхъ формъ быта смѣшанныхъ, цивильно политическихъ, новыми, чисто-цивильными, о чемъ будемъ имѣть случай говорить позже, въ отдѣльныхъ очеркахъ, напр., аграрнаго движенія въ законодательствѣ прусскомъ и измѣненія институтовъ договорнаго, семейнаго и наслѣдственнаго права въ Германіи вообще. Подробныя изысканія по исторіи позднѣйшаго русскаго права здѣсь же показали бы намъ и у насъ тотъ же

медленный, но постоянный процессъ стѣсненія привилегій стараго происхожденія, съ каждымъ годомъ терявшихъ свою raison d'être въ новыхъ условіяхъ развитія государственной власти.

Послѣ того, какъ петровскій способъ разрѣшить проблему соціальныхъ отношеній въ Россіи былъ устраненъ указомъ императрицы Анны, вопросъ объ устройствѣ быта крестьянъ не разъ тревожилъ дальновидныхъ людей русскаго правительства и русскаго общества. Нужна ли государству эта форма частно-правной зависимости цѣлыхъ массъ русскаго населенія отъ небольшого круга привилегированныхъ лицъ? Чѣмъ окупается безправіе этихъ приватныхъ „подданныхъ“ передъ лицомъ русскаго государства? Къ чему приведетъ въ будущемъ институтъ крѣпостного права, не самородный на русской почвѣ и вызванный необходимостью борьбы московскаго государства съ западными сосѣдями, знавшими его прежде насъ, но и раньше насъ отказавшимися его поддерживать? Не угрожаетъ ли этотъ порядокъ вещей наступленіемъ для русской жизни тѣхъ страшныхъ предчувствій, которыя тревожили Петра, когда онъ создавалъ свой планъ изъятія населенныхъ имѣній изъ нормальныхъ для предметовъ цивильнаго обладанія формъ гражданскаго оборота?

Мы не имѣемъ цѣли изображать здѣсь движенія капитальныхъ для русской исторіи и русской жизни вопросовъ въ ихъ разрѣшенію.

Истиннымъ преемникомъ петровскихъ преобразовательныхъ задачъ сталъ въ наши дни Императоръ Александръ II.

Проблема была разрѣшена методомъ прямо противуположнымъ тому, которому слѣдовалъ Петръ. Вмѣсто поглощенія всего права частнаго по недвижимостямъ правомъ государственнымъ, духъ новой реформы заключается въ расширеніи права частнаго, частной правоспособности на все населеніе русскаго государства. Если указъ о единонаслѣдіи оказался не родственнымъ историческому русскому духу, то еще менѣе соотвѣтствовалъ тому же національному духу указъ Петра III о вольностяхъ дворянству, коимъ снималась съ этого класса обязательность не только службы государству, но и принятый до того общій образовательный цензъ для привилегированныхъ классовъ. Послѣ этой жалованной грамоты (18 февраля 1762 года) дворянскому сословію оставался хотя продолжительный (99 лѣтъ), но все же цивильный срокъ пользованія населенными имѣніями.

Акты 19 февраля 1861 года даютъ намъ прямо *явленіе примиренія двухъ полярныхъ началъ исторической русской жизни, начала свободы*, опредѣлившагося жизнью старыхъ вольныхъ во-

лостей, *и начала необходимости*, воплощеннаго послѣдующею политичяской системой русскаго государства. Въ этомъ слiяніи— историческій моментъ образованія современной русской системы права частнаго. Полное обособленіе началъ права публичнаго и права частнаго, какъ двухъ замкнутыхъ и законченныхъ системъ правоотношеній, только съ этихъ поръ способно перейти изъ области предположеній и плановъ въ живую дѣйствительность. Только въ этихъ условіяхъ стало возможно практически различать на почвѣ нашего права id quod ad statum rei publicae spectat отъ того, что установлено ad singulorum utilitatem. Главнѣйшій *источникъ смѣшенія интересовъ государства и частныхъ лицъ устраненъ навсегда, и гарантія интересовъ второго рода исходитъ нынѣ* непосредственно, для всѣхъ подданныхъ русскаго государства, *отъ самой государственной власти.*

Достигнувъ путемъ долгаго историческаго процесса этихъ результатовъ, національная жизнь, вмѣстѣ съ этимъ, выходитъ изъ предѣловъ старой исключительности, партикуляризмовъ всякаго рода, племенныхъ, исповѣдныхъ, территоріальныхъ сословныхъ, въ правѣ гражданскомъ, въ *широкую сферу дѣйствительнаго правообщенія всѣхъ элементовъ русскаго населенія.* Вмѣсто безсильныхъ попытокъ механическаго соединенія разнообразныхъ нормъ въ одинъ общій сводъ законовъ, дальнѣйшая исторія права должна представить собою, хотя бы медленный, но вполнѣ жизненный процессъ *органическаго образованія системы общаго русскаго гражданскаго права*, передъ которой особенности и партикуляризмы мѣстныхъ, исключительныхъ, спеціальныхъ правъ будутъ постепенно уходить на второй планъ и вовсе исчезать съ исторической сцены.

Въ первую минуту послѣдовавшей коренной реформы быта законодатель не могъ создать потребной для достиженія общности въ правѣ готовой системы цивильныхъ нормъ. Въ уставахъ 20 ноября 1864 года мы имѣемъ одну систему нормъ процессуальнаго характера, предназначенныхъ для общаго огражденія цивильныхъ правоотношеній, образующихся въ новыхъ условіяхъ быта. Это предшествующее образованію новой системы гражданскаго права измѣненіе порядка защиты правоотношеній знакомо намъ въ исторіи права другихъ народовъ. Мы видѣли выше, въ исторіи римскаго государства и права, предшествующую образованію системы juris gentium замѣну порядка процедированія per legitima verba новымъ процессомъ per verba concepta. Вмѣсто прежняго строго условленнаго буквой закона обряда судебной защиты, органъ юрисдикціи становится въ новыхъ условіяхъ орга-

номъ медленнаго и постепеннаго образованія новыхъ нормъ гражданскаго права. Какъ въ Римѣ въ VII в., также въ новое время во Франціи образованію общаго гражданскаго кодекса предшествуетъ существенное измѣненіе порядка процедированія, произведенное извѣстнымъ ordonnance de la procédure civile 1667 года. То же, наконецъ, мы наблюдаемъ нынѣ у нѣмцевъ, гдѣ также прежде образованія общаго гражданскаго уложенія созданы въ 1877 году процессуальныя нормы, существенно измѣняющія и объединяющія старый порядокъ гражданскаго судопроизводства.

Въ уставахъ 20 ноября 1864 года достигнуты были всѣ тѣ цѣли, которыхъ такъ долго не могло достигнуть старое русское законодательство въ прежнихъ условіяхъ русскаго быта. „Дѣла челобитчиковы“ дѣйствительно стали обособленной областью защиты на судѣ, въ организованной для всѣхъ и каждаго системѣ судебныхъ установленій новаго типа, интересовъ частныхъ лицъ. Органы цивильной юстиціи децентрализованы, приближены къ мѣстамъ и лицамъ, нуждающимся въ ихъ содѣйствіи для приведенія въ извѣстность и для огражденія ихъ правъ. Вопросы суда и управленія перестали сплетаться и этимъ осложнять защиту интересовъ приватнаго характера безконечнымъ движеніемъ по инстанціямъ независимо отъ воли сторонъ. Положеніе тяжущихся уравнено и стало передъ лицомъ суда совершенно независимымъ отъ какихъ-либо чуждыхъ гражданскаго права квалификацій лица. Количество инстанцій ограничено двумя. Съ организаціей судебныхъ установленій поставлено въ тѣснѣйшую связь устройство нотаріальной части и вѣдомство исполнительнаго производства.

По мѣрѣ того, какъ устройство служебныхъ органовъ гражданскаго правосудія пріобрѣтало это свойство спеціальнаго приноровленія для цѣли ихъ особой дѣятельности, опасенія, которыя, при старомъ порядкѣ, возбуждали въ глазахъ законодателя свободные пріемы толкованія законовъ, уступили мѣсто другимъ соображеніямъ. *Въ старомъ порядкѣ* подобно тому, какъ въ римской системѣ legis actionum, *гарантію правосудія видѣли* въ устраненіи всякой попытки „обманчиваго непостоянства самопроизвольныхъ толкованій“, особенно въ низшихъ инстанціяхъ, *въ обязательности для суда буквы закона,* при чемъ всякій разъ, когда не имѣлось въ виду при рѣшеніи дѣла прямого руководящаго текста закона, судъ былъ обязанъ искать разрѣшенія своихъ сомнѣній въ усмотрѣніи законодателя. Это былъ порядокъ необходимый въ прежнихъ условіяхъ; ибо чистый типъ частнаго правоотношенія былъ мало выработанъ, мало обособленъ въ ту пору. *Въ новыхъ условіяхъ* гражданскаго судопроизводства *гарантія*

правосудія лежитъ уже не столько въ буквѣ всепредусматривающаго закона, сколько въ достоинствѣ судебной организаціи, въ качествахъ лицъ, призванныхъ отправлять судебную функцію, въ постановкѣ судебныхъ должностей, въ способахъ отправленія юстиціи, въ наличности сторонъ при совершеніи процессуальныхъ дѣйствій, въ состязательномъ началѣ, проходящемъ по всѣмъ фазамъ движенія спорнаго правоотношенія [1]). Въ этихъ условіяхъ огражденія интересовъ частныхъ лицъ на судѣ стѣснительный ригоризмъ старыхъ истолковательныхъ правилъ замѣненъ другимъ принципомъ. Совершенно такъ, какъ въ основоположеніяхъ французскаго цивильнаго кодекса, обязанность суда поставлена и у насъ шире простого примѣненія буквы закона къ конкретному правоотношенію (см. выше art. IV Code civ.). Судебные уставы 20 ноября 1864 года воспрещаютъ „останавливать рѣшеніе дѣла подъ предлогомъ неполноты, неясности, недостатка или противорѣчія законовъ“, а „за нарушеніе сего правила“ подвергаютъ виновныхъ „отвѣтственности какъ за отказъ въ правосудіи“ (Ср. Цвѣтковъ и Гожевъ №№ 69, 70, 71). Art. IV Code civil, составленный, по отзыву нѣмецкихъ романистовъ, несклонныхъ къ похваламъ Code'у, вполнѣ въ античномъ духѣ, составилъ съ 64 года достояніе и русскаго правосудія.

Можетъ ли быть сомнѣніе, что только при этомъ очищеніи началъ права частнаго отъ господствовавшихъ до того элементовъ смѣшаннаго типа, стало возможнымъ и для Россіи достиженіе того единства и той общности въ сферѣ права гражданскаго, которая достигнута нѣкоторыми западными государствами со старою культурою цивильной юриспруденціи, и къ которому такъ горячо стремились въ наше время передовые люди Германіи? Судебные уставы 64 года даютъ намъ солиднѣйшую базу для этихъ ожиданій. Въ теченіе двухъ десятилѣтій основы гражданскаго правосудія, въ нихъ выраженныя, нашли себѣ примѣненіе на такомъ обширномъ пространствѣ русской территоріи, на какомъ не дѣйствовалъ до того ни одинъ законъ, регулирующій область интересовъ частныхъ лицъ. Судебные уставы Императора Александра II введены въ дѣйствіе не только въ большей части губерній внутреннихъ, но, съ нѣкоторыми видоизмѣненіями, на Кавказѣ и въ Закавказьѣ, въ губерніяхъ польскихъ (75 г.), въ западныхъ губерніяхъ (83 г.), наконецъ, даже въ губерніяхъ прибалтійскихъ и въ Сибири (см. Св. Зак. т. XVI, ч. 1).

---

[1]) Основные принципы новаго судоустройства и способа процедировать составляютъ предметъ особаго чтенія.

Мы имѣемъ, такимъ образомъ, для цѣли образованія въ дальнѣйшемъ *общей системы гражданскихъ институтовъ* не одно только условіе единства государственной власти на всей русской территоріи, но и постоянно расширяющееся примѣненіе общихъ способовъ и формъ огражденія правъ гражданскихъ ко всему составу населенія Имперіи. Но составляютъ-ли эти условія (обособленіе права частнаго отъ публичнаго въ системѣ защиты, единство власти государственной, одинаковость судоустройства и процессуальныхъ нормъ) все, что нужно для того, чтобы въ дальнѣйшемъ была достигнута та же извѣстность началъ общаго гражданскаго права, какой въ особенности въ наше время стремятся достигнуть западныя государства всѣми средствами, какими только способна располагать государственная власть?

Мы видѣли сейчасъ, что задача приближенія суда къ нуждамъ частныхъ лицъ не можетъ быть достигнута иначе, какъ путемъ *децентрализаціи судебныхъ учрежденій* и сокращенія числа инстанцій. Рядомъ съ этимъ, отправленіе цивильной юстиціи поставлено у насъ, какъ и во Франціи, менѣе чѣмъ прежде, въ зависимость отъ готовой наличности руководящихъ легальныхъ нормъ. Французскій Code, допуская значительную самодѣятельность органовъ юстиціи по отношенію къ легальнымъ нормамъ, знаетъ, рядомъ съ этимъ, какъ поправку, какъ предупрежденіе опасности разъединенія практики и неизвѣстности права, особое средство внутри самой судебной организаціи въ кассаціонномъ учрежденіи, съ этой cour régulatrice, которая и имѣетъ назначеніемъ противодѣйствовать разобщенію юридическихъ нормъ въ ихъ практическомъ примѣненіи судами.

Мы приняли, рядомъ съ общими началами судебной организаціи и основами цивильнаго процесса, и этотъ элементъ строенія французской юстиціи. Но *разница состоянія матеріальнаго права въ Россіи и во Франціи — великая.* Франція имѣла и имѣетъ сильно развитую практическую цивильную юриспруденцію въ прошлыхъ своихъ судьбахъ, Франція создала единый и чисто-цивильный кодексъ для примѣненія во всемъ государствѣ. У насъ ни того, ни другого условія нѣтъ. Провозгласить особность правоотношеній гражданскихъ отъ иныхъ и дѣйствительно раскрыть эту особность во всѣхъ подробностяхъ системы цивильныхъ институтовъ—далеко не одно и то же. Въ подробностяхъ изученія этихъ институтовъ мы увидимъ, съ какими трудностями, не всегда только научнаго свойства, соединяется достиженіе этой цѣли. Если французской кассаціи легко, въ указанныхъ условіяхъ, выполнять свою функцію, то русская кассаціонная

практика находится въ этомъ отношеніи въ совершенно иномъ положеніи.

Наша кассаціонная практика, по мѣрѣ расширенія судебныхъ установленій на территоріи примѣненія разныхъ кодексовъ, будетъ достигать тѣхъ же цѣлей, какъ и во Франціи, но *лишь въ границахъ дѣйствія того или другого кодекса*, и съ этимъ вмѣстѣ. въ общемъ, по отношенію къ цѣлому русскому государству, цѣлей прямо противоположныхъ тѣмъ, какія достигаются во Франціи. Рядомъ съ самыми благопріятными внѣшними условіями развитія системы общихъ цивильныхъ институтовъ мы будемъ имѣть въ дѣйствительности обиліе партикуляризмовъ, условленныхъ не столько существомъ цивильнаго права, сколько пестрой формулировкой юридическихъ нормъ, возникшихъ въ разное время, въ разныхъ условіяхъ, обиліемъ началъ привилегіи, имѣвшихъ въ свое время практическій смыслъ и удерживающихся нынѣ нерѣдко какъ совершенно дисгармоническій съ общими условіями быта остатокъ старины.

Не подлежитъ сомнѣнію, что *значительная часть партикуляризмовъ*, привилегій, жалованій, льготъ, коими изобилуютъ въ особенности балтійскія губерніи, *можетъ быть* въ дальнѣйшемъ или устранена, или удержана и *поставлена особо отъ общей системы права*, исключительно актами той же законодательной власти, въ коей всѣ эти остатки старины до послѣдняго времени искали себѣ поддержки и утвержденія. Насколько предположенная въ 1881 году кодификація гражданскаго права приблизитъ насъ къ цѣли образованія системы гражданскихъ институтовъ общихъ для всей Россіи—это вопросъ будущаго.

Несомнѣнно, что никогда задачи русской юриспруденціи не стояли такъ высоко и такъ близко къ практикѣ, какъ въ наши дни, и весь вопросъ въ томъ только, какими средствами она выйдетъ изъ предстоящей для нея трудной проблемы.

I.

Спеціализація знаній у юристовъ.—Выработка началъ общаго права.—Трудность дѣла въ особенности въ условіяхъ развитія нашего права.—Задача университетскаго преподаванія.

Мы видѣли выше, что уже при первыхъ попыткахъ привести въ извѣстность массу постоянно накопляющагося указного матеріала русское правительство, въ самомъ началѣ XVIII вѣка, ищетъ содѣйствія *сѣдущихъ въ юриспруденціи* людей. *Сначала эта потребность извѣстности права не спеціализирована.* За-

конодатель хочетъ обезпечить извѣстность права во всѣхъ его областяхъ. Задачи суда, управленія, разныхъ его отраслей, военной, финансовой, системы личныхъ повинностей и службъ, суда уголовнаго, гражданскаго, торговаго, до такой степени сплетены, что при этомъ нѣтъ возможности разобраться въ задачахъ, которыя имѣютъ выполнять люди, разумѣющіе „правъ искусство". Со временемъ разныя сферы дѣятельности высшаго правительства, обособляются въ достаточной степени, чтобъ можно было спеціализировать требованія. Въ учрежденіяхъ Императрицы Екатерины II выдѣлились особыя мѣста и лица, которыя вѣдаютъ дѣла суда гражданскаго. Въ эту же пору сознается необходимость имѣть *свою* [1]) постоянную школу юристовъ, въ которой обученіе происходило бы по-русски и *гдѣ ученики привыкали бы не только науками пользоваться, но и достигали бы того, чтобъ другихъ обучать могли.* Таково въ особенности назначеніе академіи и московскаго университета.

Въ наказѣ, данномъ генералъ-губернатору, Императрица предоставляетъ ему, въ случаяхъ затруднительныхъ и *противорѣчивыхъ между самими законовѣдами*, требовать мнѣнія университета, академіи наукъ и юриспрудентскаго класса кадетскаго корпуса. Это то же, что мы видѣли выше въ очеркѣ нѣмецкаго праворазвитія—transmissio actorum, Actenversendung (1-е. П. С. Зак. № 12741). Въ какой, однако, степени готовности въ эту пору находилась именно академія наукъ по части юриспруденціи, объ этомъ можно судить по указу Императрицы (№ 12746), которымъ она порицаетъ бездѣйствіе академіи, гдѣ состоятъ переводчики, получающіе жалованье и совершенно неспособные исправлять своихъ должностей, частью за старостью, частью за другими тѣлесными недостатками [2]).

Настоящая традиція новой русской юридической школы, и въ особенности цивильной, начинается много позже. Она тѣсно связана *съ заботами гр. Сперанскаго* объ организаціи правильнаго и постояннаго преподаванія въ нашихъ юридическихъ факультетахъ. Только съ этихъ поръ можно датировать постоянно развивающійся интересъ къ знаніямъ юридическимъ и постоянную разработку національныхъ юридическихъ памятниковъ русскими юристами [3]). Впрочемъ, въ первое время обновленной

[1]) Посланная за границу молодежь не всегда отвѣчала ожиданіямъ Петра Вел. и, переводя туда деньги, онъ сѣтуетъ, что они, *живя на волѣ, гуляютъ, а ученья принимаютъ мало* (№ 2292).

[2]) Единственный годный переводчикъ, привлеченъ сенатомъ къ переводу Эстляндскихъ правъ, начавшемуся за 98 лѣтъ до окончанія его въ 1864 году.

[3]) Обозрѣніе хода преподаванія права въ русскихъ школахъ даетъ Неволинъ въ Энцикл. законовѣд., т. 2, § 1029, и въ исторіи Русск. Гражд. закон.,

жизни русскихъ университетовъ успѣхи русской науки права имѣли *мало приложенія къ практической юстиціи.* Университетскіе преподаватели и слушатели изучали римское право, знакомились съ цивилистической литературой запада, разрабатывая вопросы историко-юридическіе, а между тѣмъ практика судовъ, при томъ очень мало доступная публикѣ, шла своимъ путемъ неуклоннаго примѣненія однѣхъ статей закона, ревниво не допуская обманчиваго непостоянства самопроизвольныхъ толкованій. Можно сказать, что наука и школа работали въ ту пору въ интересахъ будущей русской юриспруденціи, безъ всякаго прямого отношенія къ вопросамъ дня.

Для того, чтобъ дѣятельность цивилистовъ стала ближе къ практическимъ цѣлямъ юстиціи, необходимо было еще дальнѣйшее обособленіе задачъ и цѣлей гражданской юстиціи отъ другихъ отраслей права, долгое время тѣсно съ нею соприкасавшихся. Только въ условіяхъ такого обособленія стала возможною и у насъ продуктивная дѣятельность юриспруденціи, открылся путь для ея вліянія на практику судовъ. Какъ видно было выше, это составляетъ явленія послѣднихъ двухъ десятилѣтій русской юстиціи. Только въ наши дни для русскихъ судовъ закрытъ окончательно путь обращенія къ инстанціямъ законодательнымъ ante sententiam. Только теперь они обязаны знать не одни законы, въ коихъ выражено дѣйствующее право, но и самое право, хотя бы оно не нашло себѣ выраженія въ словѣ закона. Недостаточность Свода гражданскихъ законовъ (т. X ч. 1) признана самимъ законодателемъ въ указѣ 1881 года, коимъ учреждена новая кодификаціонная коммиссія для пересмотра дѣйствующаго гражданскаго законодательства [1]). Между тѣмъ судъ не можетъ ссылаться на эту недостаточность, неполноту, противорѣчіе, какъ на мотивъ отказа разсмотрѣть спорное дѣло. Еще менѣе, натурально, допустима отсрочка рѣшенія до изданія новаго уложенія, практиковавшаяся Вотчинной коллегіей въ прошломъ вѣкѣ (см. выше).

часть I, § 15. Подробныя свѣдѣнія по исторіи русскихъ университетовъ и объ учебной и ученой дѣятельности профессоровъ становятся обыкновенно достояніемъ публики въ годы юбилейныхъ торжествъ этихъ учрежденій. Свѣдѣнія, которыя можно получать изъ издаваемыхъ въ этихъ случаяхъ книгъ, представляютъ живѣйшій интересъ для исторіи всего умственнаго движенія въ Россіи. Покуда изъ всѣхъ нашихъ университетовъ одинъ университетъ московскій (въ 55 году) пережилъ столѣтіе своего существованія.

[1]) Въ рядѣ Высоч. повелѣній отъ 12 и 26 мая и 3 ноября 1882 г. и 11 декабря 1884 г. на Редакціонную Коммиссію возложено: 1) составленіе проекта гражд. уложенія, устава объ опекахъ и попечительствахъ; 3) положенія объ укрѣпленіи правъ на недвижимости (Вотчинный уставъ).

Гдѣ же средства у суда восполнять недостаточность, неполноту и т. д. дѣйствующихъ легальныхъ нормъ? Положеніе нашей юстиціи буквально сходится съ тѣмъ, въ которомъ мы находимъ цивильную юстицію въ Римѣ въ эпоху переходную отъ старой системы легальныхъ нормъ къ новому порядку защиты гражданскихъ интересовъ массы населенія, не знающаго вовсе системы цивильнаго права и не имѣющаго взамѣнъ ея никакой готовой системы общаго права. Между тѣмъ и тотъ судъ не въ правѣ былъ отказывать въ защитѣ отношеній юридическаго характера, которыя возникали въ условіяхъ новаго широкаго и свободнаго общенія интересовъ приватныхъ лицъ. Вы знаете изъ историческихъ курсовъ по римскому праву, какими путями тамъ развивалась практика суда и область новыхъ правоотношеній пріобрѣтала всѣ свойства необходимой для права извѣстности въ обширныхъ кругахъ заинтересованныхъ лицъ. Явленіе такого же недостатка руководящихъ для суда нормъ повторяется въ подобныхъ условіяхъ не разъ и на ново-европейской почвѣ, когда потребность права общаго уже есть на лицо и есть на лицо органы, обязанные ограждать правоотношенія въ этихъ новыхъ широкихъ предѣлахъ, а соотвѣтствующихъ сему нормъ еще не образовалось. Мы дѣлали выше указанія на эти явленія. Вспомнимъ указанія на международное частное право, которое до такой степени не богато положеніями матеріальнаго права, и для примѣненія котораго, однако, современная *наука и практика* непрестанно *стремятся изыскать постоянныя и неизмѣнныя опредѣляющія начала.* Для насъ здѣсь любопытнѣе — ближе къ нашимъ практическимъ интересамъ — положеніе недавняго прошлаго нѣмецкой юстиціи. Кругъ законовъ, обязательныхъ для примѣненія въ области дѣйствія общихъ имперскихъ судовъ, до послѣдняго времени далеко не обнималъ всей системы гражданскихъ институтовъ. Общегерманскій гражданскій кодексъ вступилъ въ силу лишь съ 1-го января 1900 г. Между тѣмъ, имперскій судъ въ Лейпцигѣ функціонировалъ непрерывно. Имперскій Civilprocessordnung 1877 года примѣнялся *въ виду всей наличной пестроты неотмѣненныхъ кодексовъ и некодифицированныхъ системъ дѣйствовавшаго до 1900 г. гражданскаго права.* Размежевать имперскую компетенцію съ удерживавшейся еще мѣстами компетенціей локальныхъ органовъ юстиціи, съ судами спеціальными, — легко было только на бумагѣ, а не на дѣлѣ. При этомъ вопросы компетенціи не представляютъ еще всей трудности, какую вынуждена была одолѣвать нѣмецкая юстиція. Еще сложнѣе представлялся вопросъ о нормахъ. Какихъ только

нормъ не приходилось примѣнять имперскому суду въ своей практикѣ! *Задача приведенія въ извѣстность началъ общихъ, связующихъ разнообразіе многочисленныхъ территоріальныхъ цивильныхъ системъ, ничѣмъ не легче въ нынѣшней нѣмецкой практикѣ, чѣмъ она была въ практикѣ претора перегриновъ въ Римѣ.* Разница только въ томъ, что тамъ это была проблема, въ первый разъ ставшая на очередь для разработки юристовъ. Здѣсь, въ новое время, мы разрѣшаемъ задачу по существу тождественную, но уже разъ разрѣшенную въ другихъ условіяхъ.

Нѣмецкая юриспруденція, освоившись путемъ школы *съ методами классическаго права*, съ мастерствомъ юристовъ римскаго міра, медленно и усердно созидающая въ ученой разработкѣ начала права германскаго общаго, *оказалась достаточно вооруженной*, чтобъ проходить этотъ трудный путь цивилистической практики общаго права *безъ готоваго общаго кодекса*, въ виду безчисленныхъ партикуляризмовъ.

Работали въ этихъ цѣляхъ не только суды, которыхъ дѣятельность обращена всегда къ конкретнымъ правоотношеніямъ. Работала въ особенности литература, задачи которой шире, свободнѣе, хотя онѣ и не направлены къ разрѣшенію вопросовъ ежедневной практики. Успѣхъ и признаніе встрѣчали въ новое время въ особенности тѣ ученыя работы юристовъ по партикулярнымъ системамъ гражданскаго права, прусской, австрійской, виртембергской, саксонской и проч., *которыя въ основу своихъ системъ кладутъ начала права гражданскаго общаго, римскаго и германскаго* происхожденія. Въ массѣ случаевъ методъ повѣрки и разсчета этихъ мѣстныхъ системъ съ общею приводитъ въ результатѣ къ большему или меньшему объединенію розныхъ по первоначальной сферѣ примѣненія, иногда и по историческому происхожденію нормъ.

Задачи русской юстиціи во многомъ сходны, *почти тождественны съ задачами юстиціи нѣмецкой*. Наше право частное, дѣйствіемъ реформъ прошлаго царствованія, обособлено не только въ той же мѣрѣ, но отчасти даже въ большей, чѣмъ нѣмецкое въ особенности въ области институтовъ имущественныхъ, отъ примѣси элементовъ нецивильныхъ. Это условіе крайне благопріятное для образованія началъ гражданскаго права общаго насчетъ партикуляризмовъ, которые при этомъ у насъ, за исключеніемъ Остзейскаго края, далеко не носятъ характера до такой степени коснаго, окаменѣлаго, какъ мѣстами въ Германіи, гдѣ и до сихъ поръ нерѣдко нельзя обособить элементъ цивильный дан-

наго отношенія отъ публичнаго, не разбивая насильственно всей конструкціи.

Но зато рессурсы нашей юстиціи для достиженія цѣли практическаго примѣненія не однѣхъ статей X т., а наряду съ этимъ и началъ права общаго, много скуднѣе, чѣмъ на западѣ.

Это не лежитъ упрекомъ ни на комъ лично. Это условлено *краткостью*, частью непостоянствомъ *традицій нашей юридической школы*, слабымъ вліяніемъ римскаго права, глубокими *разрывами въ органическомъ процессѣ національной жизни*, гдѣ часто самые счастливые зачатки цивильной системы не только не культивировались вовсе впослѣдствіи, но совершенно, такъ сказать, вытаптывались и, наконецъ, безслѣдно выходили изъ памяти позднѣйшихъ поколѣній.

Еще труднѣе задача науки общаго дѣйствующаго въ Россіи гражданскаго права. Дѣйствующій въ центральныхъ частяхъ территоріи X т. ч. I почти совершенно отрѣшенъ отъ обыкновенныхъ элементовъ общихъ цивильныхъ конструкцій другихъ кодексовъ. Изъ системъ, дѣйствующихъ на окраинахъ государства, кодексъ польскій настолько же становился (до послѣдняго времени) менѣе извѣстнымъ въ кругахъ русскихъ юристовъ оттого, что онъ сталъ польскимъ, насколько языкъ польскій менѣе распространенъ въ Россіи, чѣмъ французскій. Остзейскій слишкомъ юнъ по происхожденію и слишкомъ старъ по составу, чтобъ въ этомъ своемъ любопытномъ образѣ вызвать энергію русскихъ или нѣмецкихъ ученыхъ къ обработкѣ его въ удобный для общаго академическаго изученія видъ. Къ тому же весь онъ созданъ вовсе не для того, чтобъ подвинуть задачи развитія общаго русскаго права, а скорѣе, чтобъ отсрочить ихъ. Элементы, изъ коихъ онъ сложился, суть всѣ хорошо извѣстные въ наукѣ права и притомъ въ значительной части давно отжившіе на западѣ. Разработка элементовъ права обычнаго русскаго, со всѣми его подраздѣленіями, инородческаго, мѣстнаго для отдѣльныхъ областей — начинаетъ серьезно занимать мысль юристовъ лишь съ самаго недавняго времени и не представляетъ собою не только ничего оконченнаго, но нерѣдко много сомнительнаго, для того чтобъ въ этомъ видѣ она могла послужить надежнымъ средствомъ обогащенія нашей общей цивильной системы.

Въ этихъ условіяхъ *ожиданіе успѣшной кодификаціи общаго русскаго гражданскаго права* [1]), возбужденное, повидимому, у

[1]) Трудно съ достовѣрностью сказать—въ чемъ именно заключается точнымъ образомъ ея задача; *есть ли это выработка проекта общаго права или цѣль болѣе узкая?* Покуда, до 89 г., коммиссія носила больше характеръ изда-

насъ кодификаціонными задачами, поставленными на очередь въ Германіи въ послѣднее время, *едва ли скоро оправдается.*

Призваніе науки русскаго гражданскаго права, однако, не можетъ быть ни въ какомъ случаѣ поставлено ниже опредѣлившейся практически потребности раскрытія нормъ общаго цивильнаго права въ Россіи. Мы видѣли выше, что повсюду на западѣ отвѣтомъ на эту потребность служила рецепція римскаго права, прошедшая широкимъ потокомъ по всѣмъ политически рознымъ территоріямъ запада. Движеніе этого потока остановилось тамъ, гдѣ не было постоянныхъ органовъ, способныхъ воспользоваться его, такъ сказать, даровой для новой юриспруденціи силой, гдѣ

тельскій, чѣмъ кодификаціонный. Сверхъ указан. выше изданій, съ ея содѣйствіемъ изданы теперь еще нѣкоторые переводы и сочиненія, о коихъ позже, въ курсѣ. 1-е дек. 94 г., г. предсѣдатель Выс. учрежденной редакціонной коммиссіи публиковалъ во всеобщее свѣдѣніе, что, во исполненіе Высоч. воли, коммиссіей составлены проекты правилъ для перехода отъ запретительной къ ипотечной системѣ, которые и утверждены засимъ надлежащими властями, и что, затѣмъ, составлены: 1) проектъ уст. объ опекахъ и попечительствахъ съ объяснит. запиской (1 т.), 2) проектъ вотч. устава съ объяснит. записк. (2 т.), 3) проектъ правилъ объ обезпеченіи договоровъ... недвижимымъ имѣніемъ, 4) проектъ положенія о взысканіяхъ съ недвижимыхъ имуществъ съ объяснит. записк. По гражданскому уложенію изготовлены проекты: 1) общей части (296 ст.), 2) семейнаго права (415 ст.), 3) вотчиннаго права (251 ст.), 4) наслѣдств. права (181 ст.), 5) обязательственнаго права (около 800 ст.). Подлежатъ составленію проекты: 1) о правѣ собственности, 2) о разныхъ родахъ собственности, 3) о пожизненномъ и срочномъ владѣніи, 4) о правѣ авторскомъ и о правѣ на изобрѣтенія, 5) объ особыхъ порядкахъ наслѣдованія, 6) объ акціонерн. товариществѣ и объ артеляхъ.—Къ 1901 г., т.-е. 19 лѣтъ послѣ Выс. Повел. 82 г., указаннаго выше, выработанъ рядъ проектовъ, изъ коихъ въ дѣйствіе введены лишь переходныя мѣры отъ запретительной къ ипотечной системѣ. Изъ всѣхъ перечисленныхъ въ указанномъ здѣсь сообщеніи бывшаго предсѣдателя коммиссіи (нынѣ покойнаго) частей проектируемаго Гражд. Уложенія публиковалъ лишь проектъ 5-ой кн. „Обязательства". Всѣ остальныя (4) части предположеннаго Уложенія, конечно, *изготовлены*, какъ это утверждалъ г. предсѣдатель въ 94 г., но какъ изготовлены и почему не публикованы семь лѣтъ послѣ ихъ изготовленія, — на это мы не имѣемъ отвѣта. Натурально, проекты частей, еще подлежащихъ составленію, также не скоро станутъ извѣстными публикѣ. А эти широкія границы времени исключаютъ всякую возможность основательно ждать выполненія задачи отъ того круга лицъ, который почти 20 лѣтъ назадъ принялъ на себя это дѣло. — Что касается изданнаго проекта кн. V „Обязательства", то мы имѣли случай разсмотрѣть его отчасти въ публиков. въ 901 г. Пособіи къ лекціямъ вып. II. Изъ обширнаго Введенія къ Объясненіямъ, сопровождающимъ проектъ (5 тт.), видно, что въ 94 г., когда покойный предсѣдатель сдѣлалъ свою публикацію объ общемъ положеніи дѣла, коммиссія не выработала еще окончательно общаго плана работъ. По плану обязательства включали около 800 ст., по проекту ихъ оказалось 1106 ст. Это произошло потому, что неожиданно, повидимому, и для самой коммиссіи въ сост. „Обязательствъ" вошли разные институты торговаго права. — Изъ этого образца можно придти къ печальному заключенію насчетъ общаго хода работъ. Возможно, что все сдѣланное до сего не приведетъ къ цѣли и что самая цѣль и объемъ дѣла остаются еще не вполнѣ установившимися въ планахъ руководящихъ лицъ. Въ указан. Введеніи задача выработать *систему институтовъ общаго права* почитается несвоевременной. Выработка *особой системы* взамѣнъ т. X, ч. 1 въ современныхъ условіяхъ едва ли имѣетъ смыслъ. Отзывовъ на недоумѣнія критики покуда не слышно.

не было школъ, гдѣ не образовалось условій рецепціи, не опредѣлилась потребность обособленія гражданскаго права отъ нецивильныхъ примѣсей, гдѣ не нужно было права общаго... Въ измѣнившихся нынѣ условіяхъ нашего юридическаго быта мы поставлены въ необходимость разрѣшать тѣ же трудныя задачи, которыя въ свое время одолѣвали одна за другой юриспруденція итальянская, французская, нѣмецкая. Какія практическія средства способны насъ приблизить къ цѣли? Думаемъ, что сомнѣній не можетъ быть. Это долженъ быть *тотъ же трудъ, то же умственное движеніе* въ кругахъ русскихъ юристовъ, *которое привело юристовъ западныхъ къ разработкѣ ихъ системъ*, къ обособленію у нихъ институтовъ чисто-приватнаго типа, къ расширенію сферы общаго права у нихъ.

Будетъ ли насъ смущать отдаленность цѣли, незначительность выполненныхъ нашей литературой трудовъ въ сравненіи съ заслугами другихъ націй?..

Мы отвѣтимъ на эти сомнѣнія прекраснымъ уподобленіемъ, къ которому прибѣгаетъ Савиньи въ одномъ трактатѣ. Живетъ сказаніе въ нѣкоторой древней обители объ иконѣ, хранящейся тамъ. Икона та выше самаго высокаго человѣка, подходящаго къ ней, всего на одну ладонь. Но чудесное свойство иконы въ томъ, что кто бы ни приближался къ ней, великій или малый, она все остается выше приблизившагося на ту же ладонь...

Говоря о вліяніи римскаго права на дальнѣйшую разработку нашихъ цивильныхъ институтовъ, мы не разумѣемъ вовсе какого либо опредѣленнаго процесса рецепціи, который при этомъ носилъ и на западѣ столь различный характеръ въ разныхъ государствахъ и въ разное время.

Задача наша ограничена цѣлями только научными. И въ этомъ смыслѣ мы не найдемъ болѣе удобнаго способа выполненія ея, какъ тотъ же, какому слѣдуютъ наука гражданскаго права и цивилистическая школа на западѣ. Чтобы достигнуть извѣстности дѣйствующей у насъ системы гражданскихъ институтовъ, намъ нельзя полагать въ основу ея одни только начала, выраженныя въ дѣйствующемъ сводѣ законовъ. Самое простое сопоставленіе его статей съ задачами, которыя приходится разрѣшать нашей практикѣ, убѣдитъ насъ въ томъ, что современная жизнь русскаго общества требуетъ отвѣта на вопросы, которые вовсе въ немъ не разработаны. Мы будемъ имѣть случай много разъ убѣдиться въ этомъ въ дальнѣйшемъ изложеніи нашихъ ученій. Намъ необходимо разрабатывать наши цивильныя ученія *въ виду тѣхъ же общихъ началъ римскаго права*, которыя легли въ

основу разработки гражданскаго права на западѣ. Принимая эту основу, мы не думаемъ допускать обязательной силы какихъ бы то ни было положительныхъ опредѣленій юстиніановскаго кодекса. Ни одна римская конструкція не можетъ быть принята нами безъ повѣрки ея примѣнимости въ новыхъ условіяхъ, въ условіяхъ современнаго праворазвитія. Тѣ *положенія и начала, которыя ясно выражены въ нашемъ* дѣйствующемъ *законодательствѣ, явятся для насъ необходимымъ видоизмѣненіемъ въ принятой нами основѣ.* Въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ не отдѣльныя положенія позитивнаго характера, а теоретическія конструкціи нашего свода окажутся ошибочными, ложными, недостаточными, мы отвергнемъ ихъ, замѣнимъ, восполнимъ соотвѣтственно методамъ хорошо развитыхъ современныхъ цивильныхъ системъ, поставимъ ихъ въ болѣе прямое и близкое отношеніе къ практическимъ цѣлямъ юстиціи. Сверхъ того, и тамъ, гдѣ это возможно, мы будемъ, *на основаніи историческихъ данныхъ русскаго гражданскаго права, вводить въ наши ученія и его элементы,* хотя бы не вошедшіе въ дѣйствующій сводъ, совершенно такъ, какъ вводятъ въ современныя практическія системы западные учители институты такъ называемаго общаго германскаго права, которые оказываются нерѣдко вовсе не исключительно германскими, а настолько же и русскими.

Въ этомъ будетъ состоять задача нашего курса и только этимъ путемъ мы приблизимся къ цѣли — *извѣстности общей цивильной системы, имѣющей въ настоящее время дѣйствительное приложеніе въ Россіи.* Сопоставленія постоянныхъ основъ ея съ отдѣльными положеніями мѣстныхъ нашихъ кодексовъ мы будемъ избѣгать во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ возможно замѣнить ихъ прямыми указаніями на право римское и на начала общаго права германскаго.

Что касается назначенія университетскихъ чтеній вообще, также какъ и самихъ университетовъ, то вы уже видѣли, какъ смотрѣла на этотъ вопросъ императрица Екатерина въ указанномъ выше (стр. 225) законоположеніи. Только при условіи такого взгляда возможно образованіе преемства, необходимаго для достиженія высокихъ цѣлей дѣйствительнаго вліянія науки гражданскаго права на практическую юстицію. Савиньи, выражая приблизительно ту же мысль, опредѣляетъ назначеніе университетскихъ курсовъ въ слѣдующихъ словахъ: „*они должны дать идеѣ науки господство въ средѣ слушателей и вызвать въ нихъ способность самостоятельнаго творчества*“.

ЧТЕНІЯ

ПО

ГРАЖДАНСКОМУ ПРАВУ

ЗАСЛУЖЕННАГО ПРОФЕССОРА С.-ПЕТЕРБУРГСКАГО УНИВЕРСИТЕТА

Н. Л. ДЮВЕРНУА.

ТОМЪ ПЕРВЫЙ.

ВВЕДЕНІЕ и ЧАСТЬ ОБЩАЯ.

(Выпускъ II-й. Лица. Вещи).

IV-е изданіе.

С.-ПЕТЕРБУРГЪ.
Типографія М. М. Стасюлевича, Вас. Остр., 5 лин., 28.
1902.

По опредѣленію юридическаго факультета Императорскаго С.-Петербургскаго Университета, печатать разрѣшается, 30 марта 1902 года.

Деканъ *Д. Гриммъ.*

ОГЛАВЛЕНІЕ.

ЧАСТЬ ОВЩАЯ.

Общія ученія.

СТРАН.

§ 13. Задача курса.—Стремленіе къ объединенію цивильныхъ нормъ.—Общее направленіе законодательнаго движенія къ этой цѣли.—Русское право какъ система права общаго.—Наши рессурсы.—Общая часть и ея содержаніе.—Основы современнаго ученія объ органическомъ строеніи системы гражданскаго права.—Субъективное право и юридическое отношеніе.—Соотвѣтствіе этихъ основъ практическимъ требованіямъ нашей цивилистики.—Юридическое отношеніе и юридическій институтъ. 249

ОТДѢЛЕНІЕ ПЕРВОЕ.

УЧЕНІЕ О ЛИЦѢ.

§ 14. Понятіе личности въ гражданскомъ правѣ.—*Личный* обмѣнъ въ латинской цивильной системѣ.—Широкое примѣненіе понятія личности.—Соціально-юридическая цѣль.—Интересъ индивидуальный и соціальный въ строеніи нѣкоторыхъ институтовъ.—Сочетаніе и разобщеніе личности съ представленіемъ человѣка въ Римѣ.—Личность коллективныхъ правообладателей.—Цѣль строенія.—Отсутствіе двойственности въ понятіи лица у римлянъ. 262

§ 15. Средневѣковыя формы правообладанія.—Преобладаніе союзныхъ типовъ.—Связь человѣка съ союзомъ, съ территоріей.—Процессъ обособленія.—Исканіе внутренняго критерія для правоспособности человѣка.—Неприменимость его къ союзамъ и установленіямъ.—Очеловѣченіе и олицетвореніе.—Заслуга Савиньи.—Отрицаніе фикцій.—Цѣлевыя имущества.—Безсубъектныя права по Виндшейду.—Дестинатарій у Ihering'a.—Мысли Брунса.—Отрѣшенный характеръ понятія личности. Соціально-юридическій критерій.—Нужны ли двѣ категоріи лицъ?—Лица, могущія пріобрѣтать права на имущество, въ т. X ч. I 268

ГЛАВА I.

УЧЕНІЕ О ФИЗИЧЕСКОМЪ ЛИЦѢ.

СТРАН.

§ 16. Пріобрѣтеніе правъ личности.—Простота ученія въ современныхъ системахъ.—Порядокъ регистраціи во Франціи и Германіи въ особенности.—Положеніе вопроса въ нашемъ правѣ.—Регистрація при Петрѣ. — Разнообразіе способовъ удостовѣренія событій касающихся лица въ дѣйствующей системѣ.—Метрики и законъ 1874 г.—Метрическія записи по различію вѣдомствъ и мѣстъ, гдѣ произошло событіе.—Восточныя окраины.—Царство польское 288

§ 17. Nasciturus въ старомъ правѣ.—„Неродившіяся дѣти“ нашего т. X ч. I.—Рожденіе живымъ. — Доказанность. — Своевременность рожденія. — Жизнеспособность.—Образъ человѣка.—Вѣроятная продолжительность жизни.—Прекращеніе личности.—Présomption de survie. — Безвѣстное отсутствіе.— Имперскій Код. 96 г. — Смерть гражданская 307

§ 18. Видоизмѣненія право- и дѣеспособности отдѣльныхъ людей по условіямъ физическимъ и общественнымъ.—A. Полъ.—B. Возрастъ, способы измѣренія.—Venia aetatis. — Цивильная незрѣлость инородцевъ. — C. Здоровье; средневѣковыя воззрѣнія. — Указъ Петра о свидѣтельствованіи дураковъ въ Сенатѣ.—Низведеніе гражд. дѣеспособности на западѣ и въ нашемъ правѣ.—Расточители . . . 325

A. Полъ.—Вліяніе на правоспособность.—Латинскій міръ.—Народныя правовоззрѣнія новаго времени.—Средніе вѣка.—Современные кодексы.—Русское право 326

B. Возрастъ.—Способы измѣренія.—Venia aetatis.—Грани возраста въ нашемъ законодательствѣ. — Положеніе инородцевъ 332

C. Здоровье. — Средневѣковыя воззрѣнія на правоспособность физически-слабыхъ.—Болѣзни психическія.—Указъ Петра о свидѣтельствованіи дураковъ въ Сенатѣ.—Современная процедура низведенія дѣеспособности душевно-больныхъ на западѣ и въ нашемъ правѣ. — Частичныя умаленія правоспособности.—Расточительность.—Понятіе. — Признаніе расточительности и низведеніе дѣеспособности расточителей на западѣ и у насъ.—Порокъ пьянства по нѣмецкому улож. 96 г. и законъ 89 г. во Франціи.—Опека по особымъ Высочайшимъ повелѣніямъ 337

§ 19. Видоизмѣненія гражданской правоспособности по условіямъ общественнымъ.—D. Правоспособность иностранцевъ.—E. Различія по сословіямъ.—F. Промыслы, званія, должности (совмѣстительство).—G. Гражданское безчестіе.—H. Способы публичнаго удостовѣренія измѣненной дѣеспособности. — I. Гражданская правоспособность инородцевъ.—Евреи 346

СТРАН.

D. Правоспособность иностранцевъ.—Ограниченія въ отношеніи землевладѣнія.—Двоякій смыслъ *своего и чужого* въ нѣмецкой терминологіи.—Пріобрѣтеніе правъ гражданства русскими подданными въ Финляндіи 346

E. Посредствующая между лицомъ и государствомъ союзная форма *сословія* въ средніе вѣка и въ современномъ правѣ.—Сословія въ Россіи.—Сословные институты въ современной системѣ.—Усыновленіе и узаконеніе до и послѣ закона 12 марта 1891 г.—Гражданская правоспособность духовенства, особенно чернаго.—Городскіе обыватели, особенно сословіе купеческое; сельскіе обыватели 349

F. Званіе, въ особенности военное, въ вопросахъ правоспособности.—Случаи несовмѣстимости нѣкоторыхъ положеній и обязательствъ съ занимаемой лицомъ должностью . . 359

G. Гражданское безчестіе.—Средніе вѣка.—Незаконнорожденные.—Внѣбрачныя дѣти по закону 12 марта 1891 г.—Общее положеніе внѣбрачныхъ дѣтей у насъ сравнительно съ Code civil и Имперск. уложеніемъ 1896 г.—Низкія профессіи.—Случаи infamia immediata у насъ и пониженія правоспособности по суду.—Законъ 26 іюня 1889 г. о регистраціи случаевъ видоизмѣненія право- и дѣеспособности лица 365

§ 20. Принадлежность къ извѣстному племени и исповѣданію какъ основаніе видоизмѣненія правоспособности лица.—Русскіе инородцы.—Евреи; ихъ особые институты и правообщеніе съ другими народностями.—Денежные обороты, обмѣнъ движимостей; ученыя степени.—Еврейскій вопросъ въ Россіи.—Внутренняя организація еврейской общины.—Эманципаціонное движеніе въ русскомъ законодательствѣ.—Черта осѣдлости и льготы для отдѣльныхъ лицъ.—Законъ 3 мая 1882 г.—Частные вопросы объ уравненіи правъ и ихъ рѣшенія 375

§ 21. Имя и мѣстожительство лица.—Неодинаковый юридическій смыслъ принадлежности лицу имени.—Метода именного обозначенія лицъ въ Римѣ и въ новое время.—Наши легальныя нормы.—Двоякое значеніе имени.—Преобладаніе полицейскаго или юридическаго момента.—Искъ 393

§ 22. Имя и мѣстожительство лица (продолженіе).—Мѣстожительство въ системѣ права частнаго.—Признаки.—Способъ установленія.—Domicilium necessarium.—Двойное мѣстожительство.—Точка зрѣнія юридическая и политическая.—Измѣненіе и прекращеніе. . . . 407

ГЛАВА II.

УЧЕНІЕ О ЮРИДИЧЕСКОМЪ ЛИЦѢ.

§ 23. Правоспособность коллективныхъ правообладателей въ особенности.—Союзныя формы на западѣ.—Процессъ ихъ разложенія.—

СТРАН.

Замѣна новыми союзными образованіями.—Тѣ же явленія на нашей исторической почвѣ.—Многообразіе формъ.—Общія категоріи союзныхъ формъ въ средневѣковой доктринѣ 416

§ 24. Задача юридическаго построенія союзныхъ формъ средневѣковой эпохи. — Пробужденное, подъ дѣйствіемъ рецепціи, сознательное отношеніе къ своимъ бытовымъ даннымъ.—Иннокентій IV.—*Воля* коллегіи?—Persona ficta и совпадающія линіи классической и новой конструкціи.—Несоотвѣтствіе теоретическаго построенія міровоззрѣнію эпохи.—Конструкція Бартола.—Вмѣненіе.—Есть ли въ этой конструкціи нѣмецкая національная основа? 427

§ 25. Группировка современныхъ ученій о юридическомъ лицѣ.—Опыты *замѣны* латинской universitas такъ назыв. корпораціей германскаго типа. — Связь съ общимъ планомъ обезразличенія публичнаго и частнаго права. — Безелеръ. — Безразличіе эпохъ происхожденія союзовъ въ конструкціи Гирке. — Совпаденіе съ ученіемъ Бартола. 443

§ 26. Анализъ отдѣльныхъ моментовъ строенія юридическаго лица. — I. *Возникновеніе корпораціи.*—Сопоставленіе способовъ возникновенія корпораціи римскаго и германскаго типа въ ученіяхъ германистовъ. — Критика этихъ ученій. — Троякій способъ возникновенія корпорацій въ современной практикѣ 450

§ 27. II. *Юридическія отношенія корпораціи.* — Абстрактный характеръ латинской universitas и „жизненность“ нѣмецкой Gesammtperson. — Откуда явились фикціи? — Реальный характеръ строенія латинской universitas. — Причина неясности для насъ матеріальной стороны отношеній.—Попытка германистовъ опредѣлить свойства отношеній въ корпораціи нѣмецкаго типа юридическимъ методомъ.—Безуспѣшность 459

§ 28. Юридическія отношенія корпораціи (продолженіе). — Пригодны-ли новые союзные типы *для замѣны* латинскихъ? — Отдѣльныя типическія формы новаго времени. — Территоріяльная община и ея разложеніе. — Неполное обособленіе отдѣльныхъ участковъ. — Обиліе подобныхъ формъ въ средніе вѣка. — Характерныя черты переходныхъ образованій. — Сопоставленіе этихъ формъ латинской societas съ „нѣмецкой корпораціей“ и съ понятіемъ universitas. —Отступленіе отъ латинскаго строенія корпораціи.—Традиція построеній Бартола. — Отрицательные результаты. — Эмпирически знакомыя формы. — Общія положительныя черты строенія новыхъ союзныхъ формъ 470

§ 29. Юридическія отношенія корпорацій (продолженіе).—Старые и новые союзные типы во Франціи. — Распаденіе старинныхъ типовъ и скудость новыхъ.—Ассоціаціонное движеніе въ Англіи.—Отдѣльныя самостоятельныя товарищества съ экономическими цѣлями во Франціи до закона 67 года.—Общія проблемы.—Законъ 1 іюля 1901 г. — Разрушеніе старыхъ конгрегацій и новыя условія образованія ассоціацій безъ стѣснительныхъ дѣлей въ замѣнъ ихъ.—

СТРАН.

Союзы безличные и личные этого типа съ различными предѣлами ихъ гражданской правоспособности 480

§ 30. Юридическія отношенія корпорацій (продолженіе).—Два главныхъ типа союзовъ съ цѣлями экономическими въ кодифицированномъ французск. правѣ.—Строеніе société civile по C. civ.—Отдѣльные виды sociétés commerciales.—Ихъ personnalité civile.—Положеніе юриспруденціи въ проблемахъ образованія союзовъ личныхъ для случаевъ ассоціацій съ характеромъ не исключительно стяжательнымъ до закона 1 іюля 901 г.—Фикціи, привилегіи и искусственное примѣненіе формъ торговыхъ товариществъ.—Исканіе союзныхъ формъ для ассоціацій тоже экономическихъ, но съ менѣе развитой союзной личностью, чѣмъ soc. commerciale, въ новое время.—Personalité restreinte и связь этой конструкціи съ средневѣковой традиціей союзнаго права 487

§ 31. Юридическія отношенія корпораціи (продолженіе).—Законъ 24 іюля 67 г.—Характеръ нормъ общихъ въ этомъ законѣ.—Средній путь, принятый для утвержденія и расширенія операцій союза.—Размѣръ вносовъ въ société à capital variable.—Экономическія разновидности этихъ союзовъ.—Отношеніе союза къ сочленамъ.—Различные юридическіе типы этихъ союзовъ.—A. Типъ простой société civile.—Измѣнчивость личнаго состава, притязаніе на возвратъ долей соучастія, отвѣтственность.—Права союза.—Примѣнительный характеръ конструкціи.—B. Анонимныя товарищества à cap. variable.—Заслуги юриспруденціи.—Marcel Mongin и смѣлая идея примѣненія началъ обособленно-личнаго строенія къ простымъ договорнымъ товариществамъ 498

§ 32. Юридическія отношенія корпораціи (продолженіе).—Австрія.—Охраненіе чистоты латинскихъ типовъ и формальное единство лицъ въ союзахъ новаго времени по Унгеру.—Прусскій Ландрехтъ.—Юриспруденція общаго права.—Національныя основы.—Горнозаводское товарищество.—Реально-раздѣльное соучастіе, неудобства.—Превращеніе старыхъ видовъ совладѣнія въ паи.—Дополнительные вносы 514

§ 33. Юридическія отношенія корпораціи (продолженіе).—Сопоставленіе національныхъ и универсальныхъ союзныхъ формъ.—Возможность установить постоянные *внутренніе* признаки для распознанія въ союзахъ національныхъ обособленной союзной личности?—Критерій Лабанда.—Повѣрка.—Различеніе историческихъ ступеней развитія личности.—Mittelfiguren.—Ф. Регельсбергеръ 523

§ 34. Договорное товарищество по Уложенію 96 г.; нѣкоторыя черты корпоративнаго строя.—Товарищество полное и признаки обособленія въ немъ союзной личности.—Такая ли здѣсь мѣра обособленія правоспособности союза какъ въ латинской universitas?—Erwerbs — u. Wirschaftsgenossenschaft.—Юридически самодѣйствующая организація имущественныхъ отношеній массы нуждающихся.—Зависимость отъ союза.—Спеціализація цѣлей.—Связь соучастія въ выгодахъ съ личнымъ участіемъ въ предпріятіи.—

СТРАН.

Свобода выхода и возврат товарищеской доли.—Подобіе средневѣковымъ формамъ земельной общности.—Отвѣтственность по союзнымъ обязательствамъ. — Новая форма товариществъ съ предѣльной отвѣтственностью по закону 20 апр. 92 г. — Сфера примѣненія. — Взаимное отношеніе универсальныхъ и локальныхъ союзныхъ формъ 529

§ 35. III. Дѣеспособность юридическаго лица. — Формализмъ воли въ строеніи юридической сдѣлки. — Выходъ изъ трудностей въ классическую эпоху. — Способность къ деликту. — Савиньи. — Видоизмѣненія въ понятіи вмѣненія. — Отсутствіе внутренняго критерія виновности.—Результаты въ современныхъ системахъ.—Отвѣтственность союзовъ.—Конструкція Гирке.—Нѣмецкій кодексъ.—IV. Прекращеніе юридическаго лица.—Судьба его имущества . . 547

§ 36. Союзная правоспособность въ русскомъ правѣ.—Юридическія лица публичнаго типа.—Казна.—Тѣсная связь интересовъ частныхъ съ союзными въ старинныхъ формахъ имущественнаго обладанія. — Сословія, земство и другіе союзы и установленія свѣтскаго характера. — Гражданская правоспособность церкви и церковныхъ установленій 564

§ 37. Союзная правоспособность въ русскомъ правѣ (продолженіе). — Гражданская правоспособность союзовъ частныхъ. — Старинныя союзныя формы. — Признаки вмѣненія внѣшняго въ нашемъ старомъ правѣ и отвѣтственность союза за дѣйствія и деликты членовъ. — Упадокъ союзнаго духа въ эпоху крѣпостного права. — Артели. — Образцы самобытныхъ союзныхъ формъ. — Общество владѣльцевъ гостинаго двора въ Ирбити.—Общество владѣльцевъ торговыхъ помѣщеній въ Петербургѣ и Москвѣ.—Образцы ссудосберегательныхъ и промышленныхъ союзовъ въ нашемъ правѣ. — Скудость нормъ союзнаго права въ нашемъ гражданскомъ кодексѣ. 575

ОТДѢЛЕНІЕ ВТОРОЕ.

УЧЕНІЕ О ВЕЩАХЪ.

§ 38. Вещи въ культурно-историческомъ процессѣ.—Особенности латинскаго и современнаго права въ строеніи понятія вещи.—Терминологія въ разныя эпохи римскаго права, въ западныхъ системахъ и въ русскомъ правѣ, старомъ, и въ дѣйствующемъ законодательствѣ.—Имущество и его составъ.—Вещи и правоотношенія.—Имущество въ экономическомъ и юридическомъ смыслѣ 596

§ 39. Различіе правоспособности (пассивной) вещей. — Общій историческій процессъ расширенія круга объектовъ частнаго обладанія и ихъ оборотоспособности.—Соотвѣтствіе расширенію право- и дѣеспособности лицъ. — Особыя условія эманципаціи и мобилизаціи вещей.—Комплексы вещей новаго типа 605

§ 40. Неодинаковая способность „вещей“ быть предметомъ частнаго права и гражданскаго оборота.—*Вещи общія по ихъ природѣ.*—

СТРАН.

Море, морскіе берега. — Имущества, принадлежащія къ составу государственныхъ въ т. X ч. 1. — Юридическія различія, установленныя французскимъ кодексомъ въ этомъ составѣ имуществъ. — Сооруженія и промыслы. — *Изъятія изъ гражданскаго обладанія по легальнымъ основаніямъ.* — А. Право свѣтское. — Недостатокъ юридической квалификаціи разныхъ видовъ имуществъ общественныхъ въ т. X ч. 1. — Biens communaux publics et privés у французовъ и въ нашемъ законодательствѣ. — Юридическая природа имуществъ, предназначенныхъ для общаго пользованія. — Контроверзы въ нѣмецкой юридической литературѣ. — Выходъ изъ трудной проблемы. — В. Право церковное: I. Res ecclesiasticae. II. Res sanctae, benedictae и проч. въ современномъ правѣ. — Отдѣльные виды ограниченной экстракоммерціанальности въ современныхъ системахъ 608

§ 41. Главнѣйшія категоріи вещей способныхъ быть предметомъ гражданскаго правообладанія и цивильнаго обмѣна. — Вещи движимыя и недвижимыя. — Расчлененіе понятія недвижимости во французскомъ кодексѣ. — Движимыя вещи въ Code civ. и у насъ. — Экономическое и юридическое взаимоотношеніе того и другого вида имуществъ въ процессѣ историческомъ и въ современныхъ законодательствахъ 626

§ 42. Дальнѣйшее дѣленіе вещей въ дѣйствующей системѣ. — Понятіе принадлежности. — Крайнее развитіе этого понятія и источникъ его широкаго примѣненія въ нашемъ кодексѣ. — Смѣшеніе *состава* и *принадлежности*. — Плоды вещи. — Старая и новая точка зрѣнія нашего законодательства въ понятіи плода. — Имущества раздѣльныя и нераздѣльныя 633

§ 43. Ограниченіе оборотоспособности недвижимостей въ интересахъ союзовъ разнаго типа. — Союзъ родовой какъ общая стадія въ исторіи развитія права. — Остатки родовыхъ недвижимостей въ Германіи. — Retractus gentilicius въ прибалтійскомъ Сводѣ. — Сдѣлки отчужденія недвижимостей въ старомъ русскомъ правѣ. — Ограниченіе права выкупа 40-лѣтнимъ срокомъ. — Родовыя вотчины въ эпоху Уложенія. — Петровскій указъ о единонаслѣдіи. — Дальнѣйшее ограниченіе права выкупа. — Обиліе указовъ. — Жалованныя грамоты Императрицы Екатерины. — Дальнѣйшія попытки расширенія родоваго имущества. — Безуспѣшность. — Современное законодательство. — Попытки распространеннаго толкованія закона. — Понятіе предвареннаго наслѣдства и его примѣненіе къ данному случаю. — Несвоевременность расширенія и ошибки въ пріемахъ истолкованія. — Нематерьяльныя блага. — Деньги. — Права какъ объекты. — Предѣлъ оцѣночности 694

ЧАСТЬ ОБЩАЯ.

ОБЩІЯ УЧЕНІЯ.

§ 13.

Задача курса. — Стремленіе къ объединенію цивильныхъ нормъ. — Общее направленіе законодательнаго движенія къ этой цѣли.—Русское право какъ система права общаго.—Наши рессурсы.—Общая часть и ея содержаніе.—Основы современнаго ученія объ органическомъ строеніи системы гражданскаго права.—Субъективное право и юридическое отношеніе. — Соотвѣтствіе этихъ основъ практическимъ требованіямъ нашей цивилистики.—Юридическое отношеніе и юридическій институтъ.

Задачу этого курса составляетъ систематическое изложеніе дѣйствующаго русскаго гражданскаго права, какимъ оно является въ наше время въ положеніяхъ нашего законодательства и въ практикѣ нашихъ судовъ. Пестрота и разнообразіе дѣйствующихъ на территоріи русскаго государства нормъ гражданскаго права различнаго историческаго происхожденія настолько значительны, что исчерпывающее изложеніе этихъ партикуляризмовъ не можетъ составить содержанія одного систематическаго курса. Мы въ этомъ отношеніи въ настоящее время находимся въ условіяхъ аналогичныхъ состоянію гражданскаго права въ Германіи въ эпоху предшествующую введенію общаго имперскаго гражданскаго кодекса.

Въ нашихъ научныхъ и академическихъ задачахъ мы не можемъ не считаться *съ тѣмъ же стремленіемъ къ объединенію* нормъ гражданскаго права разрозненныхъ въ значительной мѣрѣ кодификаціей партикулярныхъ системъ. Это стремленіе къ объединенію не составляетъ у насъ программы какой-либо политической партіи, оно опредѣлилось давно, еще въ эпоху составленія дѣйствующаго свода законовъ. Отчасти, въ области процессуальныхъ нормъ, оно теперь уже достигнуто. Примѣненіе началъ, положенныхъ въ основу Уставовъ гражданскаго судопроизводства 20 ноября 1864 года, распространилось нынѣ на всей государственной территоріи, гдѣ общій уровень культуры не стоитъ на пути такому

правообщенію. На ряду съ уставами происходитъ постоянное измѣненіе и *самыхъ нормъ гражданскаго права*, его институтовъ, на всей территоріи русскаго государства *въ духѣ обособленія его началъ отъ примѣсей нецивильнаго свойства*. Это движеніе русскаго законодательства есть органическое, условленное общими національными цѣлями, исторически опредѣлившееся, а не случайное.

Посему, принимая за основу изученія именно русское дѣйствующее гражданское право и оставляя въ сторонѣ остзейскіе и иные партикуляризмы, мы изучаемъ не русское только право, какъ особое, тоже какъ бы партикулярное, а *русское право, какъ систему права общаго* для имперіи.

Въ составѣ собственно русскихъ легальныхъ нормъ, въ дѣйствующемъ общемъ сводѣ, мы найдемъ, на ряду съ началами общаго гражданскаго права, институты совершенно партикулярнаго характера, ограниченные въ своемъ примѣненіи коренными русскими областями, каково, напр., общинное землевладѣніе. Это будетъ особенность имущественныхъ институтовъ русскихъ съ характеромъ исторически-исключительнымъ. Такихъ исключительныхъ институтовъ найдется не мало въ составѣ русскаго законодательства, какъ и въ составѣ несравненно болѣе развитыхъ европейскихъ кодексовъ, что не мѣшаетъ имъ, въ другихъ своихъ частяхъ, носить характеръ кодексовъ общаго права.

По времени и условіямъ, въ коихъ возникъ нашъ дѣйствующій сводъ зак. и X т. ч. 1 въ особенности, онъ далеко не изобилуетъ содержаніемъ нормъ общаго характера. Но съ того времени само законодательство и практика примѣненія его нормъ до такой степени измѣнились, расширились, *пріобрѣли характеръ общности*, что ограничивать нашу задачу изученіемъ текстовъ X т., полагая, что тутъ именно и скрыто все дѣйствующее русское гражданское право, было бы вполнѣ ошибочнымъ. Убѣдиться въ этомъ будетъ не трудно на любомъ вопросѣ системы дѣйствующихъ институтовъ русскаго гражданскаго права. Натурально, тамъ, гдѣ ни историческія данныя нашего права, ни дѣйствующее гражданское законодательство въ составѣ свода и въ практикѣ нашихъ судовъ не удовлетворяетъ понятію и требованію института общаго права, мы должны будемъ въ курсѣ отмѣчать это явленіе и приводить, въ видѣ образца, *строеніе института* такимъ, какимъ *онъ выработанъ въ другихъ положительныхъ системахъ или составляетъ достояніе науки и практики независимо отъ прямого воздѣйствія положительнаго авторитета*.

Вотъ признаки, коими мы ближайшимъ образомъ опредѣляемъ задачу *курса русскаго гражданскаго права*.

Само собою разумѣется, что повсюду, гдѣ это возможно, изложеніе дѣйствующихъ современныхъ нормъ русскаго гражданскаго права мы будемъ связывать съ началами реципированной римской цивильной системы, отмѣчая въ главнѣйшихъ пунктахъ отступленія современнаго права отъ ея основоположеній. Это тотъ путь, который откроетъ намъ возможность идти, въ нашемъ курсѣ, рука объ руку съ успѣхами работъ западныхъ цивилистовъ, способныхъ часто восполнять скудость развитія русской цивилистики.

Выдѣляя изъ системы цивильныхъ институтовъ *часть общую* или общія ученія, мы слѣдуемъ образцамъ, принятымъ далеко не въ однѣхъ юридическихъ наукахъ, но въ послѣднихъ очень нынѣ распространеннымъ. Въ каждомъ отдѣльномъ институтѣ гражданскаго права найдется такъ много элементовъ общихъ для нихъ всѣхъ, что предварительное ознакомленіе съ этими общими элементами любой цивилистической конструкціи очень упрощаетъ послѣдующее знакомство съ каждымъ институтомъ въ особенности. Этому пріему выдѣленія общей части слѣдуютъ не только ученые систематики (особенно нѣмцы, по образцу Гуго — Гейзе), но и составители кодексовъ, особенно позднѣйшіе, напр., кодекса саксонскаго и имперскаго гражданскаго Уложенія 96 г.

Западные систематики вводятъ нерѣдко въ составъ общей части гражданскаго права и общія ученія о юридическихъ нормахъ. Это объясняется тѣмъ, что на западѣ институты права частнаго полагаются обыкновенно въ основу всей системы юридическихъ построеній.

Нашъ X т. ч. I Свода, согласно воззрѣніямъ нашихъ кодификаторовъ, вполнѣ отвѣчавшимъ общему состоянію права въ ту пору, не служилъ, однако, основой всего нашего кодификаціоннаго плана, какъ, напр., прусскій ландрехтъ, и самъ занялъ далеко не первостепенное мѣсто въ составѣ цѣлаго свода, среди законовъ о состояніяхъ и уставовъ государственнаго благоустройства и благочинія. Въ связи съ этимъ понятно, что никакія общія положенія, не только о нормахъ, но и о лицахъ, вещахъ, дѣйствіяхъ, волеизъявленіяхъ, не были вовсе въ немъ выработаны такъ законченно, какъ ихъ вырабатываютъ, особенно теперь, западныя системы. Если мы находимъ въ составѣ стараго Свода общія положенія о нормахъ, законахъ,—общихъ и мѣстныхъ,—о порядкѣ ихъ составленія, храненія, обнародованія, о дѣйствіи законовъ въ отношеніи мѣста, времени, лицъ, объ исполненіи, толкованіи, отмѣнѣ законовъ и о примѣненіи законовъ иностранныхъ, такъ же какъ объ обычаѣ и обязательныхъ постановленіяхъ

(см. Сборн. Гожева и Цвѣткова [1]), стр. 1—30), то всѣ эти положенія возникли вовсе не въ виду гражданскихъ законовъ въ особенности.

Для характеристики этихъ ученій въ составѣ стараго Свода мы возьмемъ слѣдующія положенія. Законы должны быть исполняемы по точному и буквальному смыслу оныхъ, безъ всякаго измѣненія или распространенія. Всѣ мѣста, не исключая и высшихъ правительствъ, должны утверждать свои опредѣленія *на точныхъ словахъ закона* (Зак. основн. ст. 65). Въ случаѣ неясности или *недостатка* существующаго закона, каждое мѣсто и правительство имѣетъ право и обязаность представлять о томъ начальству (тамъ же, ст. 52). Судебныя рѣшенія дѣлъ частныхъ, хотя могутъ быть приводимы въ поясненіе въ докладахъ, но *не могутъ* быть признаваемы законами общими, для всѣхъ обязательными, ниже *служить основаніемъ окончательныхъ рѣшеній по дѣламъ подобнымъ* (Зак. Осн. ст. 69). Насколько инымъ духомъ проникнуто отношеніе закона къ суду въ Уставахъ 20 ноября 1864 г., можно судить по ст. 9 и 10 Уст. гражд. суд. Всѣ судебныя установленія обязаны рѣшать дѣла по точному *разуму* дѣйствующихъ законовъ, а въ случаѣ неполноты, неясности, недостатка или противорѣчія основывать рѣшеніе *на общемъ смыслѣ законовъ*. Воспрещается останавливать рѣшеніе дѣла подъ предлогомъ неполноты, неясности, недостатка или противорѣчія законовъ. За нарушеніе сего правила виновные подвергаются отвѣтственности какъ за отказъ въ правосудіи (Уст. Гр. Суд. ст. 9 и 10 и ст. 52 пр. 2-е Осн. Зак.). Всѣ рѣшенія и опредѣленія кассаціоннаго департамента сената, которыми разъясняется точный смыслъ законовъ, публикуются во всеобщее свѣдѣніе *для руководства къ единообразному истолкованію и примѣненію законовъ* (ст. 815, тамъ же). Судъ, въ который обращаются дѣла для новаго производства и рѣшенія, обязанъ, *въ изъясненіи точнаго разума закона, подчиняться сужденію Прав. Сената* (тамъ же ст. 813).

Таковы старыя и новыя положенія о нормахъ, старыя — идущія впереди всего дѣйствующаго свода, составляющія основной законъ, и новыя—предпосланныя уставамъ 20 ноября 64 г. и получившія примѣненіе въ условіяхъ новаго быта.

---

[1]) Въ подробности сопоставленія старыхъ и новыхъ нормъ см. въ Сборникѣ Цвѣткова и Гожева, №№ 71. 69, 70. Какія заботы побуждали въ старое время законодателя отнюдь не допускать отступленія отъ *слова закона* и въ случаяхъ сомнѣній искать ихъ разрѣшенія въ высшей инстанціи, это видно изъ состава присутствія, разсматривающаго подобные вопросы (въ указ. Сборн. № 76).

Мы увидимъ далѣе, что не одни эти положенія составляютъ обыкновенно содержаніе вводныхъ законоположеній и общихъ ученій о нормахъ.

Съ тѣхъ поръ какъ элементы общихъ цивильныхъ конструкцій стали прилежно разрабатываться учеными, преимущественно нѣмецкими, въ нашемъ столѣтіи, объемъ общей части быстро разростался въ теоретическихъ трактатахъ, въ системахъ, въ учебникахъ. У Савиньи, въ его System des heutigen römischen Rechts, общая часть (для особенной у этого писателя мы имѣемъ только неоконченное обязательственное право) занимаетъ 8 томовъ. Изъ новыхъ учебниковъ у Виндшейда общая часть составляетъ половину 1-го тома его Lehrbuch des Pandektenrechts. Германистъ Otte Stobbe посвящаетъ весь первый томъ своей Handbuch des deutschen Privatrechts введенію и общимъ ученіямъ о юридическихъ отношеніяхъ.

Въ новыхъ кодексахъ и проектахъ не только нѣмецкаго, но и французскаго типа, содержаніе общей части развивается значительно больше, чѣмъ въ старыхъ. Я укажу въ особенности на Avantprojet de révision du Code civil, написанный именитымъ бельгійскимъ ученымъ F. Laurent (подробности въ Юридической Библіографіи, издававшейся Юрид. Фак. С.-Петерб. унив., т. I, стр. 35 и 118, №№ 26 и 57 [1]).

Ученіе о нормахъ, за исключеніемъ сдѣланныхъ здѣсь замѣтокъ, не составитъ въ этомъ курсѣ предмета особой обработки. Въ этомъ пунктѣ мы отступаемъ отъ образца нѣкоторыхъ западныхъ, особенно нѣмецкихъ, цивилистовъ, и слѣдуемъ примѣру другихъ (особ. Arndts, Lehrbuch d. Pandekten, 11-е изд.). Мы не думаемъ, что ученіе о нормахъ не должно было бы входить въ курсъ гражданскаго права. Но, согласно порядку преподаванія, принятому въ нашихъ факультетахъ, многія части этого ученія излагаются съ достаточной полнотой въ другихъ курсахъ, въ курсѣ энциклопедіи, римскаго права, права государственнаго и международнаго [2]).

Мы остановимся въ дальнѣйшемъ на одномъ вопросѣ, ка-

[1]) Нѣкоторые элементы *общихъ ученій*, которые заключаетъ въ себѣ кн. 2 т. X ч. I особенно разд. 1 (о разн. родахъ имуществъ), отдѣльныя главы раздѣла II, именно гл. V и VII, а также разд. III, несмотря на скудость ихъ, все же даютъ намъ по крайней мѣрѣ главныя аналитическія основы ученій общей части.

[2]) Для ученія объ источникахъ права вообще и въ Россіи въ особенности см. Лекціи по общей теоріи права Н. М. Коркунова. Ученіе о толкованіи юридическихъ нормъ въ особенности въ курсахъ римскаго права. Ученіе о столкновеніи юридическихъ нормъ въ особенности въ курсѣ частнаго международнаго права. Эти ученія и въ особенности послѣднее въ неоконченныхъ курсахъ гражданскаго права проф. Малышева, Цитовича и Васьковскаго.

сающемся строенія и нормъ юридическихъ, и правъ въ субъективномъ смыслѣ, *на вопросъ систематизаціи юридическихъ явленій*. Это вопросъ очень важный вообще и имѣющій специфическій интересъ для нашего гражданскаго права *въ виду неполноты его содержанія*. Сейчасъ было указано, что, за недостаткомъ прямого указанія закона, юристъ обращается *къ общему смыслу закона*, къ духу, *къ разуму законодательства*, какъ къ средству толкованія. Какой точнѣйшій смыслъ этихъ указаній законодателя для юриста? Отъ цѣлаго мы должны дѣлать заключеніе къ частямъ. Какія же это части, что такое это цѣлое, отъ котораго мы имѣемъ дѣлать наши заключенія? Вопросъ явно идетъ о системѣ права. Это *систематическій методъ толкованія*, могущій имѣть въ особыхъ условіяхъ даннаго праворазвитія самое серьезное значеніе для юриста [1]).

Изъ чего же и какъ слагается система гражданскаго права?

Современные цивилисты-систематики въ своихъ построеніяхъ обыкновенно ищутъ установить предварительно такое, способное опредѣлять юридическія явленія, понятіе, которое вытекало бы прямо изъ жизненнаго свойства этихъ явленій и давало бы удобную исходную точку и вмѣстѣ технический терминъ для послѣдующихъ систематическихъ построеній. Въ латинской терминологіи мы встрѣчаемъ слово-jus, которое имѣетъ, однако, далеко не *одно* постоянное техническое значеніе и подъ которымъ разумѣютъ одинаково и нормы, регулирующія отношенія людей между собой, и власть, предоставляемую этими нормами лицу, субъекту права (jus civile, jus gentium, а также jus mihi esse utendi, fruendi, eundi, agendi, Гай, IV, 3; слово это имѣетъ не эти только два смысла—объективной нормы и субъективнаго притязанія, а еще иные въ разнообразныхъ его сочетаніяхъ и нюансахъ). Такимъ образомъ, для права въ объективномъ смыслѣ (norma agendi) и для права въ субъективномъ смыслѣ (facultas agendi) служитъ одинъ и тотъ же терминъ.

Имѣя передъ собой необъятной трудности проблему согласованія началъ римской цивильной системы съ условіями нашего быта, новая юриспруденція ищетъ такихъ посредствующихъ между жизненными процессами и нормами права понятій, въ коихъ выразился бы сколь можно полнѣе органическій, жизненный характеръ юридическихъ явленій, свободно образующихся въ любыхъ

---

[1]) По этому предмету см. особенно только что появившійся въ печати обширный трактатъ Е. В. Васьковскаго Ученіе о толкованіи и примѣненіи гражданскихъ Законовъ. Одесса. 1901 г.

условіяхъ и не теряющихъ вмѣстѣ съ этимъ свойствъ понятій юридическихъ.

Начиная съ Савиньи, новая юриспруденція все болѣе и болѣе освоивается съ терминомъ *юридическое отношеніе*. Въ послѣднее время этотъ терминъ входитъ въ языкъ легальныхъ сборниковъ [1]) и въ практику судовъ и сдѣлокъ. Что же мы подъ этимъ разумѣемъ и въ чемъ состоятъ удобства пользованія этимъ понятіемъ? Римская терминологія не знаетъ соотвѣтствующаго техническаго термина. Можно ли безъ него обойтись или лучше его принять? Есть писатели, и въ числѣ ихъ виднѣйшій Пухта, которые думаютъ, что для исчерпывающаго изображенія цѣлаго юридическаго быта достаточно оперировать посредствомъ *понятія субъективнаго права*. Все наличное состояніе права даннаго общества можетъ быть мыслимо какъ *совокупность правъ, полномочій*, предоставленныхъ юридическими нормами отдѣльнымъ лицамъ.

Въ томъ, что основу понятія субъективнаго права составляетъ именно *полномочіе лица*, что оно воплощаетъ въ себѣ *идею власти*, Machtbegriff, въ этомъ нѣтъ сомнѣнія. Вопросъ только въ томъ, представляетъ ли собою это понятіе тотъ именно жизненный элементъ, изъ коего органически слагается цѣлое построеніе даннаго юридическаго быта? Пухта думаетъ именно такъ. Для того, чтобы безчисленныя явленія такихъ правъ не представляли для нашей мысли простого механическаго конгломерата, а сочетались въ нѣкоторую систему, достаточно, по идеямъ Пухты, группировать ихъ въ комплексы, *полагая въ основу группировки различія объектовъ*, на кои полномочія направлены.

Цивильная система Пухты ближе становится такъ. образомъ системой субъективныхъ правъ, распадающихся, по принятой имъ основѣ классификаціи (объектъ права), на пять категорій: 1) права на собственную личность, 2) на вещи, 3) на дѣйствія, 4) на чужую личность, 5) на перешедшую на насъ личность другого (наслѣдство). Довольно близкое и задолго предшествовавшее этому теоретическому построенію системы практическое осуществленіе ея началъ мы имѣемъ въ прусскомъ ландрехтѣ. Мы характеризовали ее выше. Она даетъ удобное для механическаго примѣненія сопоставленіе нормъ, ограждающихъ субъек-

---

[1]) Сакс. гражд. улож. § 18 (у насъ Rechtsverhältniss передано правоотношеніе). Въ нов. Entwurf'ѣ Rechtsverhältnisse особ. въ системѣ семейн. институтовъ, также Schuldverhältnisse. Для терминовъ спеціальныхъ см. Sachregister къ Entwurf'у.

тивныя права, въ коемъ легко найтись судьѣ, какъ аптекарю въ его фармакопеѣ [1]).

Всматриваясь ближе въ эту систему, мы видимъ, что въ результатѣ она разрываетъ все, что *въ жизни представляется цѣльнымъ*, отношенія союза семейнаго, право наслѣдованія, обладанія вещами, обязательственныя связи, по несущественному признаку объекта притязанія. Не объектъ права (дѣйствіе, деньги, вещь) характеризуетъ жизненное отношеніе, изъ коего вытекло право лица, а наоборотъ, самое это право лица квалифицируется такъ или иначе, смотря по свойству отношенія, изъ коего оно возникло. Недостатки этого пріема систематизаціи, какъ для научныхъ цѣлей, такъ и *для жизненнаго разумѣнія практическихъ проблемъ юриспруденціи*, давно были замѣчены Савиньи, и мысли, выраженныя имъ въ его System des heut. römisch. Rechts, не утратили своего значенія, быть можетъ, даже выигрываютъ, въ виду современной путаницы понятій [2]), въ своемъ достоинствѣ и полезности для юриспруденціи.

Шталь объясняетъ искусственность классификаціи Пухты его основнымъ воззрѣніемъ на право, которое, по его ученію, не

---

[1]) Пухта Pandekten § 29. См. еще Гирке Deutsch. Pr. R. § 29, II.

[2]) Для ученія Савиньи см. System. т. I, §§ 4 и 5. Для послѣдующихъ контроверзъ Sintenis въ Zeitschr. f. Civilrecht u. Proc. 19 Band, 3 Heft, за 1844 г. Позже Neuner—Wesen u. Arten der Rechtsverhältnisse. Теперь масса попытокъ въ учебникахъ (см. Виндшейдъ, также съ поправкой ученія предшествующихъ писателей, §§ 37 и 37a и примѣч.), монографическихъ работахъ и статьяхъ. Общее обозрѣніе у Bierling'a zur Revision d. Grundbegriffe u т. д. Любопытенъ Leonhard, сопоставляющій современныя конструкціи съ римскими началами системы у Grünhut'a Zeitschr. за 80 г.; A. Wach, Handbuch d. deutsch. Civilprocess, § 4, о чемъ подробн. въ этой дисциплинѣ (здѣсь Rechtsverhältniss—rechtliche Beziehung). Общее движеніе въ сферѣ абстрактныхъ проблемъ современной нѣмецкой юридич. литературы вызываетъ у Эмиля Кунце такія размышленія: Diese neuere Richtung hat aus der alten Begriffswelt ein Ruinenfeld gemacht; eine üppige Schlingpflanzenwelt wuchert zwichen den durcheinander geworfenen Fragmenten hervor... Кунце предостерегаетъ (въ особенности по вопросу объ обязательствахъ) gegenüber den zahllosen Begriffsneuerungen der letzten Dezennien vorsichtig zu sein. Wer sich auf sie einlässt, wird in ein faltenreiches Netz verwickelt; entrinnen ist schwer, die Arbeit ist endlos... Nichts steht mehr fest, auch die bewährten termini technici nicht; jeder der neuen Himmelstürmer kommt mit dem Rüstzeug seiner individueller Terminologie. Alle kämpfen gegen Alle, und es giebt eine Handgemenge ohne jegliche Mensur. (Die Obligationen im röm. u. heut. Recht. I. E. Kuntze. Leipzig. 1886). Въ Журналѣ Мин. Нар. Пр. за 94 г. помѣщена статья г. Курдиновскаго по поводу сочин. Puntschard'a (проф. Инсбрукск. унив.)—Die moderne Theorie des Priv. rechts und ihre grundbegriffl. Mängel, гдѣ авторъ послѣ изложенія построеній Пунчарда, даетъ освѣщеніе взглядамъ гр. Сперанскаго на тѣ же проблемы юриспруденціи. Теперь у насъ въ Журн. Мин. Юст. 97 г., апрѣль и май, статья Д. Д. Грима. См. еще Регельсбергеръ Pandecten, т. I, § 13. Послѣдній не сводитъ всѣхъ типовъ юрид. отнош. къ лицамъ, какъ Савиньи и друг. (см. тамъ же, прим. 3), а различаетъ особую *категорію* юрид. отнош. вещныхъ (dingliche); но это особый вопросъ, съ коимъ мы встрѣтимся ниже.

воплощаетъ въ себѣ идею порядка, а исключительно идею свободы, признанной объективнымъ правомъ [1]).

Савиньи не кладетъ въ основу построенія системы юридическихъ явленій понятія субъективнаго права, ибо субъективное право составляетъ *лишь одну сторону другого*, болѣе близкаго къ жизни и болѣе сложнаго явленія юридическаго быта. Это другое явленіе составляетъ не простое притязаніе лица къ лицу, къ вещи, а извѣстное *отношеніе между ними, имѣющее юридическій характеръ* и служащее органической основой для права въ субъективномъ смыслѣ, для притязаній односторонніхъ или взаимныхъ этихъ лицъ другъ къ другу.

Для разрѣшенія какого-либо юридическаго казуса недостаточно знать норму и притязаніе одного лица къ другому, основанное на этой нормѣ. Для дѣятельности судьи, когда онъ разрѣшаетъ спорный вопросъ, необходимо *живое возсозданіе въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ юридическаго отношенія*, изъ котораго возникло данное притязаніе [2]). Только тогда возможно правильное рѣшеніе отдѣльно взятаго спорнаго вопроса, какъ актъ свободной умственной дѣятельности судьи.

Если въ основу систематическихъ построеній мы кладемъ живое явленіе, а не одну его сторону, то не будетъ никакой надобности классифицировать права по ихъ объектамъ, какъ это дѣлаетъ Пухта. Не по различію правъ и ихъ предметовъ группируются юридическія отношенія *въ естественныя для нихъ живыя сочетанія*, а наоборотъ, различіемъ юридическихъ отношеній и ихъ типическихъ категорій опредѣляется разнообразіе возникающихъ изъ этихъ сочетаній отдѣльныхъ правъ. Въ процессѣ ихъ образованія мы видимъ, что раньше возникаютъ тѣ или другія юридическія отношенія, и ими опредѣляется тотъ или

---

[1]) См. Stahl Die Philosophie d. Rechts II B. 1 Abth; по 4-му изд. (70 г.), стр. 298. См. тоже Унгеръ System т. I особ. § 59.

[2]) Эта мысль освѣщена у Савиньи примѣромъ, взятымъ изъ L. 38 D. de cond. indeb. XII, 6 (Frater a fratre): два брата состоятъ подъ отцовской властью. Одинъ даетъ другому взаймы. Должникъ уплачиваетъ долгъ брату по смерти отца. Можетъ ли уплативший потребовать обратно, какъ недолжную, уплату, сдѣланную по ошибкѣ? Судья долженъ рѣшить, имѣетъ ли здѣсь мѣсто condictio indebiti. Чтобъ отвѣтить на вопросъ, судьѣ необходимо *возсоздать цѣлое юридическое отношеніе*. Его элементы такіе: отцовская власть надъ сыномъ, заемъ одного у другого, отдѣльное имущество (peculium), данное отцомъ должнику. Это сложное отношеніе развивается поступательно смертью отца, наслѣдованіемъ ему, уплатой занятой суммы. И вотъ въ этихъ условіяхъ возникаетъ вопросъ, разрѣшаемый Африканомъ въ этой lex damnata, и хотя вызывающій контроверзныя мнѣнія, но безспорно хорошо освѣщающій *проблему возсозданія цѣлаго отношенія* и возможныхъ его осложненій (см. весь приведенный фрагментъ), чтобы придти къ рѣшенію вопроса. Вопросъ нынѣ хорошо освѣщенъ при помощи Базиликъ, см. комментарій Глюка (Ausführl Erläut. d. Pandekten von Glück) ч. 13, отд. 1, стр. 88 и сл.

другой характеръ отдѣльнаго права, особаго притязанія даннаго субъекта. Отношенія суть, такимъ образомъ, prius, а права — posterius.

Юридическія отношенія могутъ, по непосредственному наблюденію, казаться намъ тоже ничѣмъ не связанной массой разнообразныхъ явленій. Однако, близко прикасаясь къ жизненнымъ отношеніямъ, они необходимо отражаютъ на себѣ черты дѣйствительности, которая лежатъ въ ихъ основѣ. Простое жизненное отношеніе, насколько оно въ данныхъ историческихъ условіяхъ воспріимчиво къ внѣшнимъ юридическимъ опредѣленіямъ [1]), становится юридическимъ, и *поскольку явленія жизни носятъ характеръ не случайныхъ, а необходимыхъ сочетаній, по столько-же и на юридическихъ отношеніяхъ*, въ которыя они облекаются, *будетъ лежать тотъ же характеръ органически связанныхъ, не розныхъ явленій.* Группы ихъ не будутъ произвольными или однимъ внѣшнимъ признакомъ (объектъ права) опредѣлившимися, а данными самою природой жизненныхъ отношеній сочетаніями. Какимъ было содержаніе извѣстнаго жизненнаго отношенія,—строй семьи, раздѣльное или связанное сосѣдствомъ обладаніе недвижимостями, на соглашеніи, волѣ, или иномъ основаніи построенная обязательственная связь лицъ, преемство отдѣльныхъ правъ или цѣлой ихъ совокупности, такимъ же оно, по его способности къ группировкѣ, къ сочетанію въ живые комплексы, останется и тогда, когда къ этому содержанію примкнетъ элементъ формальнаго признанія его возникновенія, прекращенія, защиты. Не только само отношеніе,—семейное, по наслѣдованію, вещное, договорно-обязательственное, простое или сложное — не утратитъ въ силу воздѣйствія на него юридической нормы свойственной ему жизненной, органической природы, а, наоборотъ, *отдѣльныя нормы юридическія, коими оно опредѣляется, станутъ связанными въ нѣкоторые комплексы потому именно, что обращены на отношенія одного характера, одного типа*, отличнаго отъ другихъ и въ то же время, такъ или иначе, связаннаго съ другими типами, или съ цѣлымъ. *Какъ юридическія отноше-*

---

[1]) Не всякое жизненное отношеніе, имѣющее значеніе для права, замѣчаетъ Neuner (стр. 6), влекущее за собой юридическія послѣдствія, будетъ въ силу этого отношеніемъ юридическимъ.—Чтобы пріобрѣсти юридическій характеръ, жизненное отношеніе должно по свойству своему *требовать* юридическаго освященія (въ таковомъ не нуждается, напр., отношенія дружбы, также какъ взаимность супружескихъ отношеній, и отношенія родителей и дѣтей по существу своему образуются и охраняются независимо отъ юридическаго формализма) и *заслуживать* такового (ибо право не должно идти на службу личнаго своеволія и низкихъ нравственныхъ побужденій). См. Regelsberger Pandekten § 13.

нія сочетаются въ типическія родовыя группы, публично-правныхъ, частно-правныхъ, и въ послѣдней группѣ — семейныхъ, имущественныхъ, *съ низшими ихъ подраздѣленіями*, семейно-имущественныхъ, по приданому, съ общностью имущественныхъ отношеній супруговъ и т. д., имущественно-вещныхъ и обязательственныхъ, договорно-обязательственныхъ разныхъ строеній и деликтно-обязательственныхъ и т. д.; *такъ точно и нормы*, опредѣляющія эти отношенія, *группируются въ комплексы институтовъ* публичнаго и частнаго права, а въ послѣдней въ институты права семейнаго и имущественнаго, и ниже—въ институты приданаго, общности обладанія и проч. [1]).

По мѣрѣ измѣненія жизненныхъ отношеній должны измѣняться соотвѣтственно и органическимъ путемъ и отношенія юридическія, и институты права. Это процессъ исторической жизни права. Мы видѣли его образцы выше. Пока слабы начала раздѣльности обладанія, и господствуютъ союзныя формы, система цивильныхъ нормъ тоже не богата. По мѣрѣ того какъ развиваются начала раздѣльности обладанія вещами, потребность связи взамѣнъ разбитыхъ старыхъ началъ общности удовлетворяется системой договорныхъ обязательствъ...

Въ условіяхъ каждой данной фазы этого историческаго процесса происходитъ такой же живой обмѣнъ, но изначала не въ сферѣ правъ субъективныхъ, а прежде всего, какъ въ явленіи опредѣляющемъ, въ области отношеній, которыя опредѣляются тѣми или другими факторами, принимаютъ живой и распознаваемый юридически образъ, сочетаются съ другими, осложняются, упрощаются, измѣняются, перестаютъ существовать.

---

[1]) Въ отношеніи къ указан. выше примѣру (frater a fratre) судья долженъ, для разрѣшенія спорнаго вопроса, принять во вниманіе слѣдующій рядъ институтовъ: право отца пріобрѣтать чрезъ подвластныхъ членовъ семьи, особое имущ. послѣднихъ (peculium, deductio), универсальное преемство, конфузію долговъ и требованій и condictio indebiti.—Надлежащее освѣщеніе труднаго и спорнаго вопроса *о взаимоотношеніи субъективнаго права и юридич. нормы* читатель найдетъ у Гирке Deutsch. Priv. recht § 27, съ цѣнными литературн. указаніями въ примѣчаніяхъ. Оба понятія взаимно восполняютъ одно другое Это двѣ стороны одного цѣльнаго явленія (Gesammterscheinung), не произволныя одна отъ другой, а обѣ первообразныя (gleich ursprünglich). Онѣ условливаютъ и опредѣляютъ одна другую и въ послѣдующемъ процессѣ ихъ обособленія. Представленіе *моего и чужого* права не есть результатъ сознанія необходимости мирнаго сосуществованія людей. Основа его лежитъ въ исконномъ чувствѣ права. Объективное право не создаетъ, а лишь облекаетъ въ соотвѣтствующій образъ первообразное его проявленіе. Съ этимъ возврѣніемъ мы идемъ прямо навстрѣчу теперешнимъ ученіямъ, которыя присвоиваютъ нормѣ, закону въ особенности, правотворящую силу. На этой ложной основѣ построена вся разсмотрѣнная выше конструкція Ihering'a. Она же сужаетъ до крайности, какъ это было показано выше (Введеніе, стр. 104, 105 и слѣд.), сферу примѣненія международнаго права. Къ литерат. указ. Гирке еще см. Основная форма корреальн. обязат. Н. Дювернуа, Ярославль 1874 г. стр. 4.

Данный юридическій бытъ, такимъ образомъ, не будетъ представлять собою для взора юриста случайнаго конгломерата субъективныхъ правъ и регулирующихъ ихъ отдѣльныхъ правилъ, кои упорядочить можно только внѣшнимъ пріемомъ систематизаціи по какому-либо произвольному признаку (по предмету), а наоборотъ, будетъ представлять собою органическое единство и цѣльность, изъ коей легко выдѣляются природой юридическаго отношенія опредѣленное ему мѣсто и существомъ нормы, опредѣляющей то или другое изъ нихъ, мѣсто ея въ составѣ отдѣльныхъ институтовъ и всей ихъ системы.

Не подлежитъ сомнѣнію, что въ массѣ случаевъ дѣятельность юриста можетъ вся въ данномъ вопросѣ ограничиваться механическимъ примѣненіемъ даннаго правила къ данному случаю, огражденіемъ субъективнаго права, отдѣльно взятаго притязанія прямо указаннымъ въ сборникѣ нормъ юридическимъ средствомъ. Это зависитъ часто и отъ свойства задачи юриста въ отдѣльномъ случаѣ, и въ особенности *отъ характера и строенія сборниковъ юридическихъ нормъ.*

Но тутъ ли граница задачи юриста? Представимъ себѣ сложныя сочетанія встрѣчныхъ притязаній тяжущихся сторонъ, представимъ себѣ *скудный инструктивными для цивилиста нормами сборникъ законовъ* съ характеромъ локальныхъ, отживающихъ, казуистическихъ правилъ, *прибавимъ къ этому пестроту* такихъ *нормъ* разномѣстнаго, разноязычнаго, разновременнаго происхожденія,—тогда возможна ли практическая дѣятельность, основанная на простомъ механическомъ пріемѣ примѣненія даннаго правила къ притязанію, вся особая юридическая природа котораго характеризуется *не отношеніемъ, изъ коего она возникаетъ, а только объектомъ*, на который притязаніе направлено? Всего менѣе!

Законодатель, какъ было видно выше, различнымъ образомъ относится къ дѣятельности юриста-судьи, смотря *по измѣняющимся бытовымъ условіямъ времени.* Въ условіяхъ нашего прежняго порядка жизни судъ обязанъ былъ знать *букву закона* и давать ей примѣненіе безусловное, испрашивая, на случай недостатка, законодательнаго указанія, непосредственнаго руководства законодателя во всѣхъ затруднительныхъ случаяхъ. Въ измѣнившихся бытовыхъ условіяхъ требованія того же органа законодательства становятся иными. Рѣшенія должны безусловно слѣдовать за возникшимъ спорнымъ правоотношеніемъ, не взирая на недостаточность и неполноту закона, *по соображеніямъ общаго духа или разума законодательства.* Дѣятельность юриста под-

нимается вмѣстѣ съ этимъ отъ простой механической въ высшую, творческую, гдѣ отвѣтъ на притязаніе не можетъ быть данъ сейчасъ наличными правилами, гдѣ сама законодательная воля требуетъ отъ юриста нѣкотораго подъема умственной дѣятельности, предполагаетъ въ немъ *способность созерцанія цѣльнаго организма юридическихъ нормъ, въ составѣ коихъ, хотя бы скрытымъ*, невыраженнымъ образомъ, долженъ находиться отвѣтъ на вопросы практики, и этотъ отвѣтъ, *эта скрытая норма имѣетъ быть обнаружена, выражена для каждаго даннаго отношенія подлежащимъ судомъ.*

Такимъ образомъ, задача нашего преподаванія будетъ поставлена не врозь, а *въ согласіе съ видами и указаніями законодателя*, съ состояніемъ дѣйствующаго права и съ цѣлями русской гражданской практики, если мы будемъ слѣдовать разъясненному выше *методу систематизаціи нашего матеріала.*

Въ цѣломъ курсъ будетъ заключать въ себѣ общую часть, съ обычнымъ расчлененіемъ ея на отдѣльныя ученія, о лицахъ, вещахъ, способахъ возникновенія и прекращенія юридическихъ отношеній вообще, и особенную часть, въ составѣ институтовъ вещнаго, обязательственнаго, семейнаго и наслѣдственнаго права.

Термины *юридическое отношеніе и юридическій институтъ*, которые мы здѣсь употребляемъ, не вполнѣ установились въ языкѣ нынѣшнихъ юристовъ. Stobbe, обнимающій въ своей Handbuch d. deutsch. Privatrechts (5 томовъ) всю совокупность институтовъ, которые мы будемъ разсматривать, употребляетъ терминъ „юридическое отношеніе“ въ двоякомъ смыслѣ. Юридическое отношеніе *in concreto* есть то же, что Rechtsfall (casus, послѣдній въ особенности когда имѣютъ въ виду подлежащій разрѣшенію спорный вопросъ), прямо жизнью данный случай выразившейся юридической связи лицъ, какъ во взятомъ выше примѣрѣ Савиньи (frater a fratre). Но такъ какъ нормы юридическія опредѣляютъ явленія жизни, фиксируютъ ихъ разъ навсегда, *какъ типическія* формы юридическихъ отношеній, то и эти типическія формы Stobbe считаетъ возможнымъ называть тоже юридическими отношеніями, но *in abstracto*, т.-е. взятыми отвлеченно отъ даннаго случая и выраженными или выработанными въ системѣ права, какъ общій типъ. Этотъ терминъ въ послѣднемъ случаѣ однозначущъ съ терминомъ — „юридическій институтъ“. Въ нѣмецкой, какъ и въ нашей юридической литературѣ, употребленіе этихъ терминовъ непостоянно. Кавелинъ предпочелъ назвать свои позднѣйшія работы по семейному и наслѣдственному праву Очеркомъ *юридическихъ отношеній*, возникающихъ изъ се-

мейнаго союза и проч., натурально давая этому термину смыслъ юридическихъ отношеній in abstracto.

ОТДѢЛЕНІЕ ПЕРВОЕ.

УЧЕНІЕ О ЛИЦѢ.

§ 14.

Понятіе личности въ гражданскомъ правѣ.—*Личный* обмѣнъ въ латинской цивильной системѣ.—Широкое примѣненіе понятія личности.—Соціально-юридическая цѣль.—Интересъ индивидуальный и соціальный въ строеніи нѣкоторыхъ институтовъ.—Сочетаніе и разобщеніе личности съ представленіемъ человѣка въ Римѣ.—Личность коллективныхъ правообладателей.—Цѣль строенія.—Отсутствіе двойственности въ понятіи лица у римлянъ.

Точкой отправленія для цивилистическихъ построеній должно служить понятіе о лицѣ. Понятію лица (persona singularis), въ анализѣ юридическихъ явленій, противуполагается объектъ права, часто вещь. Это понятіе лица, какъ образующее, входитъ въ составъ юридическихъ отношеній, какого бы они ни были содержанія. Для юридическихъ отношеній гражданскаго права оно существенно въ особенности.

Понятіе личности въ гражданскомъ правѣ можетъ быть отождествлено съ понятіемъ конкретной цивильной правоспособности.

Въ условіяхъ исторически-даннаго юридическаго быта возможна полнота правоспособности присвояемая *отдѣльному человѣку*, субъекту правоспособности.

Чтобы опредѣлить *весъ объемъ правоспособности* отдѣльнаго человѣка, надлежитъ представить себѣ сумму отдѣльныхъ юридическихъ отношеній, въ коихъ дѣйствительно находится, или способно находиться, въ условіяхъ даннаго быта, отдѣльно взятое лицо. Полнота правоспособности не будетъ, по содержанію своему, одинаковой въ разныхъ историческихъ условіяхъ. Есть условія, гдѣ полнота правоспособности отдѣльнаго субъекта, по содержанію ея, опредѣляется цѣлымъ рядомъ институтовъ цивильной системы, институтами права семейнаго, институтами правъ вещныхъ, собственности, правъ на чужую вещь, правъ договорныхъ, завѣщательныхъ и прочее.

Въ этомъ *развитомъ видѣ* понятіе правоспособности полной, принадлежащей отдѣльному человѣку, мы находимъ въ римской цивильной системѣ. Какъ собирающаго, сосредоточивающаго въ себѣ оригинернымъ образомъ (первообразно и самолично) и осу-

ществляющаго всю эту сумму правоспособности, мы можемъ представить себѣ только вполнѣ *волеспособнаго, зрѣлаго, бдительнаго, человѣка.*

Но не однимъ этимъ случайнымъ явленіемъ личной энергіи въ цивильной сферѣ опредѣляется специфическій, въ личномъ смыслѣ, характеръ юридическаго быта римскаго народа. Еслибы правоспособность цивильная условливалась каждый разъ фактической наличностью сильныхъ характеровъ, то въ юридическомъ быту римскаго общества *не доставало бы свойствъ постоянства, извѣстности и непрерывности юридическихъ отношеній*, которыя мы находимъ въ дѣйствительности. Когда уходитъ со сцены предположенный нами дѣятельный субъектъ цивильной правоспособности, то, съ этимъ вмѣстѣ, цѣльная въ его лицѣ сфера его цивильныхъ отношеній не исчезаетъ тотчасъ, вмѣстѣ съ нимъ. Свойство этихъ отношеній личное, сосредоточенное, удерживается, временно, въ извѣстной степени неподвижности, въ *„лежачемъ наслѣдствѣ“* (hereditas jacens). Можно ли назвать это сосредоточенное состояніе имущества *безличнымъ*, хотя временно нѣтъ извѣстнаго человѣка, опредѣленнаго индивидуума, который давалъ бы *активный* характеръ этой сосредоточенной цивильной силѣ? Отнюдь нѣтъ, ибо для наличности цивильной правоспособности нѣтъ нужды (и не въ одномъ этомъ случаѣ) въ непрестанно дѣятельномъ состояніи правоспособнаго субъекта.

Правоспособность и чисто личный характеръ юридическихъ отношеній, сосредоточенный и объективно извѣстный, продолжаетъ существовать, несмотря на отсутствіе активнаго органа ея осуществленія, несмотря на парализованное его состояніе, *ибо онъ необходимъ, какъ постулятъ всего соціально-юридическаго строя въ данныхъ бытовыхъ условіяхъ*, а не такого-то отдѣльнаго человѣка только. Безъ этого, длящагося въ личномъ смыслѣ состоянія юридическихъ отношеній умершаго, немыслимо было бы постоянство и преемственность ихъ, точно такъ, какъ оно было бы немыслимо при условіи произвольнаго появленія новыхъ и безслѣднаго исчезанія прежнихъ правоспособныхъ субъектовъ.

Въ избранномъ нами примѣрѣ, несмотря на послѣдовавшую смерть человѣка, намъ хорошо *остается извѣстнымъ преемственный переходъ силы*, которую представлялъ собою умершій въ юридическомъ обмѣнѣ, и мы можемъ вполнѣ опредѣлить весь ея юридическій и экономическій составъ. Hereditas jacens заключаетъ въ себѣ требованія и обязательства, иски вещные и

личные, способность умаленія, возростанія, экономической состоятельности и банкротства, ровно такъ, какъ и живой представитель *личнаго* характера юридическихъ отношеній.

Точно такой же личный характеръ, эта, разъ осуществленная, правоспособность удерживаетъ и пріобрѣтаетъ, когда средоточіемъ ея становится не самосознающій и *не дѣеспособный субъектъ*, *дитя*, *умалишенный*. Недостатокъ дѣятельнаго фактора осуществленія правоспособности не уничтожаетъ ея въ основѣ; она поддерживается искусственно дѣятельностью другихъ людей, и *не только ради особы дитяти*, *идіота*, *а въ цѣляхъ дальнѣйшей извѣстности*, *дальнѣйшаго преемства* этой, разъ опредѣлившейся какъ единой и личной, сферы цивильныхъ отношеній. У самаго субъекта правоотношеній можетъ не быть ни личнаго интереса, ни личнаго призванія пребывать въ средоточіи этого ожившаго обмѣна, и, однако, онъ продолжаетъ имъ служить, ибо цивильное и личное свойство отношенія юридическаго въ развитомъ римскомъ юридическомъ бытѣ не опредѣляется исключительно ни мѣрой индивидуальныхъ потребностей, ни мѣрой индивидуальныхъ способностей его субъекта.

Еслибы одинъ интересъ наличныхъ живыхъ особей и отдѣльно взятая воля каждаго опредѣляли собою все содержаніе гражданскаго права, то система его институтовъ была бы несравненно уже той, какую мы наблюдаемъ въ дѣйствительности. Возьмемъ для примѣра систему вещныхъ правъ въ Римѣ. На что, при этихъ критеріяхъ, были бы нужны *реальные сервитуты* въ этой системѣ? Для utilitas singulorum, взятой въ точномъ смыслѣ потребностей даннаго человѣка, а не цивильной личности, былъ бы достаточенъ ususfructus и usus. Чего же ради нужно не только съ опредѣленнымъ индивидуально лицомъ, а *съ качествами лица какъ землевладѣльца*, *какъ домовладѣльца*, соединять извѣстное притязаніе опять не къ сосѣду такому-то, а къ сосѣднему землевладѣнію, кто бы ни былъ сосѣдъ-землевладѣлецъ? Фактическія и случайныя свойства надобности, ненадобности даннаго притязанія для извѣстнаго лица въ этой конструкціи сглаживаются, способность или неспособность имъ пользоваться тоже стирается и уступаетъ мѣсто соображеніямъ особаго рода, такъ сказать абстрактнымъ, отрѣшеннымъ, независимымъ отъ индивидуальныхъ свойствъ того или другого хозяина даннаго имѣнія.

Мы имѣемъ такимъ образомъ рядъ явленій, въ коихъ свойство личности или гражданской правоспособности субъекта юридическихъ отношеній не зависитъ *отъ продолжающагося существованія человѣка* (hereditas jacens), *отъ его способности воли*

или разумѣнія интересовъ (дитя, идіотъ), и гдѣ образованіе юридическихъ отношеній, тоже типически-цивильныхъ, не ограничено *интересомъ отдѣльнаго человѣка* (предіальные сервитуты).

Изъ этихъ явленій ясно, что институты цивильные, по самому строенію ихъ, *не составляютъ области чистаго индивидуализма*, а отвѣчаютъ одновременно *цѣлямъ отдѣльнаго человѣка и общества*.

Съ понятіемъ личности мы не соединяемъ необходимости непрестаннаго воздѣйствія воли и ежеминутно-наличнаго интереса отдѣльнаго человѣка. Мы даемъ этому понятію болѣе общіе и независимые отъ индивидуальныхъ свойствъ и потребностей отдѣльныхъ людей признаки. Понятіе личности въ гражданскомъ правѣ, цивильной правоспособности, правоспособнаго лица (въ конкретномъ смыслѣ) мы имѣемъ тамъ, гдѣ *разъ опредѣлившаяся сфера конкретныхъ юридическихъ отношеній удерживаетъ свойство обособленности, принадлежности ихъ къ этой именно сферѣ, съ характеромъ постояннымъ и объективно распознаваемымъ*.

Человѣкъ можетъ *не знать*, что онъ состоитъ въ извѣстномъ юридическомъ отношеніи, и тѣмъ не менѣе, онъ будетъ его субъектомъ, можетъ *не имѣть способности хотѣть или познавать, не имѣть интереса* къ тому или другому обладанію, и тѣмъ не менѣе сфера опредѣлившихся, такъ или иначе обособленныхъ его отношеній будетъ въ оборотѣ гражданскомъ, въ смѣнѣ его явленій играть опредѣляющую роль *гражданско-правовой личности этого человѣка*, теперь живого и дѣятельнаго, завтра, быть можетъ, недѣеспособнаго, затѣмъ—умершаго.

Такое свойство личности въ римской системѣ не составляло необходимой принадлежности *всякаго человѣка*, ибо римскій міръ знаетъ людей безличныхъ, неправоспособныхъ, людей — товаръ. Созданное исторической жизнью культурнаго народа и разработанное юриспруденціей, это *понятіе личности* составляло центральную исходную точку для всѣхъ цивилистическихъ построеній. Весь міръ юридическихъ отношеній гражданскаго права въ Римѣ былъ міромъ *отношеній личныхъ въ этомъ смыслѣ*. Одна изъ существеннѣйшихъ проблемъ римской практической юриспруденціи заключалась въ томъ, чтобъ найти опредѣленные и точные признаки, коими фиксируются постояннымъ и извѣстнымъ образомъ отдѣльныя, обособленныя, въ этомъ смыслѣ личныя сферы обладанія гражданъ.

Внутри каждой изъ этихъ личныхъ сферъ происходитъ несомнѣнно постоянный и живой обмѣнъ; онѣ измѣняются и въ

смыслѣ ихъ полноты, и въ смыслѣ состава заключенныхъ въ нихъ отношеній разнаго содержанія. Но свойство юридической извѣстности и постоянства ихъ обособленія удерживаются, несмотря на эти внутреннія измѣненія, *въ интересахъ всего юридическаго цивильнаго быта и совершенно независимо отъ воли или потребностей отдѣльнаго правообладателя.*

Въ римскомъ мірѣ это свойство личности, цивильной правоспособности, *сочеталось* количественно совершенно *преобладающимъ образомъ съ отдѣльнымъ живымъ дѣятелемъ* правоспособности. Оттуда этотъ поразительный по энергіи характеръ римскаго цивильнаго обмѣна.

Но, однако, необходимъ ли именно *такой дѣятель*, чтобъ существовала цивильная личность? Мы видѣли, что опредѣленная сфера юридическихъ отношеній можетъ имѣть своимъ средоточіемъ ребенка, идіота. Въ этихъ случаяхъ невозможна дѣятельность этихъ правообладателей, но возможно для нихъ пользованіе плодами этого правообладанія чрезъ посредство дѣятельности другихъ лицъ, опекуновъ, попечителей. Мы видѣли далѣе, что характеръ личности не утрачивается и тамъ, гдѣ сейчасъ нѣтъ ни дѣятеля, ни пользователя, стало быть, ни воли, ни интереса. Таковъ случай съ hereditas jacens. Hereditas функціонируетъ лично въ цѣляхъ обективной извѣстности, постоянства, преемства правоотношеній. И такъ, *функція личности нужна* здѣсь и существуетъ *независимо отъ вопроса воли или интереса отдѣльнаго извѣстнаго человѣка.* Это положеніе вещей какъ единой, цѣльной имущественной массы, въ коей нѣтъ имущаго, хозяина, въ смыслѣ интересо- и воле-способнаго органа, есть временное.

Попытаемся сдѣлать шагъ далѣе. Мыслимо ли такое обособленіе опредѣленной сферы юридическихъ отношеній тамъ, гдѣ составъ этихъ отношеній есть извѣстный и постоянный, какъ у живого субъекта права, но гдѣ нѣтъ вовсе живой личной воли и интереса отдѣльнаго правообладателя, а есть только интересъ пользованія этимъ имуществомъ у болѣе или менѣе неопредѣленнаго и неизвѣстнаго въ данную минуту круга людей и гдѣ эта сфера правъ, эта личность существуетъ *не для преходящихъ цѣлей*, какъ въ hereditas jacens, а *для цѣлей постоянныхъ*, какъ въ предіальномъ сервитутѣ.

Римская жизнь и римская юриспруденція хорошо знакомы съ этимъ явленіемъ цивильнаго быта. Въ случаяхъ такого рода юристы видятъ *то же самое явленіе обособленной правоспособности*, личности, какъ и тамъ, гдѣ правоспособность присвоена

отдѣльному человѣку. Таковъ случай, когда это *качество* обособленной *личности присвоивается имуществу и правоотношеніямъ коллективной единицы*, государства, города, коллегіи, установленія.

Не являются ли это имущество и эти правоотношенія принадлежащими отдѣльнымъ гражданамъ, отдѣльнымъ членамъ коллегіи? Несомнѣнно нѣтъ! Это имущество есть обособленное и вообще и въ особенности отъ имущества отдѣльныхъ членовъ коллегіи. Такъ какъ городъ самъ не есть органъ личной воли, то отсутствіе личной воли восполняется, какъ въ имуществѣ малолѣтняго, особой организаціей городскаго управленія.

Но, тогда, зачѣмъ же мы даемъ свойство личности, обособленной правоспособности подобнымъ формамъ обладанія? Цѣль, съ которою такъ конструируетъ римская юриспруденція, совершенно понятна. Личность была въ глазахъ классиковъ обособленною сферой юридическихъ отношеній, которая необходима для ихъ опредѣленности, распознаваемости и постоянства.

Называютъ ли классики эту правоспособность коллективныхъ единицъ и имущественныхъ массъ именно личностью? Да. Мы встрѣчаемъ въ пандектахъ очень различные обороты рѣчи, коими опредѣляется *именно личный характеръ обладанія коллективныхъ единицъ*. Главнѣйшіе изъ нихъ суть такіе: hereditas, universitas, collegium personae vice fungitur. У Фронтина есть прямое выраженіе „persona coloniae ipsius“. Но нужны ли намъ отдѣльныя свидѣтельства тѣхъ или другихъ писателей, чтобъ удостовѣриться *въ совершенно личномъ характерѣ* цивильныхъ правоотношеній *коллективныхъ единицъ* въ Римѣ? Если имущество могло принадлежать коллегіи, установленію, то была-ли бы возможна какая-либо оборото-способность этого имущества безъ свойства личнаго обладанія имъ? Чтобъ коротко отвѣтить на этотъ вопросъ, достаточно вспомнить *строеніе римскихъ обязательствъ, всегда строго личное*, требующее непремѣнной извѣстности *лица* для своего состава. Отвергнуть личный характеръ обладанія названныхъ коллективныхъ единицъ — значитъ сдѣлать ихъ неспособными къ цивильно-обязательственнымъ отношеніямъ, тогда какъ мы видимъ на дѣлѣ постоянно въ составѣ ихъ имуществъ долги и требованія совершенно такъ, какъ въ составѣ имущества отдѣльныхъ правоспособныхъ людей.

Весьма важно отмѣтить здѣсь, что *римскіе систематики не раздѣляютъ цивильно-правоспособныхъ субъектовъ, лицъ, на двѣ категоріи*, лицъ физическихъ и нефизическихъ, юридическихъ, фиктивныхъ, только мыслимыхъ. Это характеризуетъ, во-1-хъ,

свойство ихъ гражданскаго оборота, гдѣ далеко преобладающая роль принадлежала отдѣльнымъ правоспособнымъ людямъ, а не этимъ формамъ коллективнаго обладанія. Во-2-хъ, ихъ *понятіе личности въ достаточной степени представлялось имъ обособленнымъ отъ непремѣнной связи его съ отдѣльнымъ человѣкомъ*, такъ какъ они знали волеспособныхъ, но неправоспособныхъ людей, рабовъ и не останавливались въ особенности на явленіи обособленной отъ отдѣльнаго человѣка гражданской правоспособности въ другихъ случаяхъ, какъ на экстра-ординарномъ, для юридической конструкціи котораго нужно создавать совсѣмъ особую категорію лицъ только мыслимыхъ. Явленіе имуществъ, принадлежащихъ городу, коллегіи, ихъ долговъ, требованій, исковъ, было на-лицо. *Измышлять ихъ правоспособность было нечего, и эти лица*, въ обособленной сферѣ цивильныхъ правоотношеній, *функціонировали такъ же, какъ отдѣльные люди*. Для практическихъ цѣлей обмѣна *конструкція эта была вполнѣ удовлетворительна*.

Эти римскія понятія и противуположенія лицъ и вещей, не всегда правильно понятыя и истолкованныя, вмѣстѣ съ рецепціей римскаго права, стали достояніемъ новой юриспруденціи. Примѣненіе ихъ къ условіямъ быта новыхъ народовъ, во многомъ очень отличнаго отъ римскаго, породило массу трудностей и недоразумѣній, которыхъ вовсе не знали классики и которыя служатъ до сихъ поръ обильнымъ источникомъ контроверзъ въ этомъ основномъ ученіи и открываютъ просторъ многочисленнымъ, особенно у нѣмцевъ, попыткамъ найти надежныя исходныя точки для построенія понятія субъективнаго права, правоспособнаго лица, существующаго въ дѣйствительности, или лица только мыслимаго, и указать предѣлы дѣйствію фикцій и вымысловъ въ практической области гражданскаго права.

§ 15.

Средневѣковыя формы правообладанія. — Преобладаніе союзныхъ типовъ. — Связь человѣка съ союзомъ, съ территоріей.—Процессъ обособленія.—Исканіе внутренняго критерія для правоспособности человѣка. — Непринѣнимость его къ союзамъ и установленіямъ.—Очеловѣченіе и олицетвореніе.—Заслуга Савиньи.—Отрицаніе фикцій.—Цѣлевыя имущества.—Безсубъектныя права по Виндшейду.—Дестинатарій у Ihering'a.—Мысли Брунса.—Отрѣшенный характеръ понятія личности. Соціально-юридическій критерій.—Нужны ли двѣ категоріи лицъ?—Лица, могущія пріобрѣтать права на имущество, въ т. X ч. I.

Въ чемъ же заключаются особенности нашего юридическаго быта, отличающія его отъ римскаго и служащія источникомъ

трудности примѣненія римскихъ понятій къ явленіямъ нашего быта?

Если весь строй римскаго цивильнаго быта существеннѣйшимъ образомъ опредѣляется началомъ личности и вмѣстѣ съ этимъ *особности правоотношеній каждаго гражданина*, то картины средневѣковаго быта даютъ намъ совершенно противуположныя черты. Совсѣмъ не отдѣльно-взятый человѣкъ является здѣсь правоспособнымъ въ сферѣ общихъ для всѣхъ институтовъ гражданскаго права, а прямо наоборотъ... Отдѣльно взятому человѣку, какъ субъекту правоспособности, не принадлежитъ, въ этихъ условіяхъ, въ правѣ ровно никакой роли. *Опредѣляющая* характеръ этого быта *роль принадлежитъ союзу*, а не отдѣльному человѣку, а если, въ ограниченномъ смыслѣ, *человѣку*, то *только какъ члену* того или другого *союза*, а *вовсе не самобытно*. Личность отдѣльнаго человѣка есть или вовсе еще не выдѣлившаяся (какъ pars viscerum союзнаго организма), съ своей особой правоспособностью, или очень еще слабо выдѣлившаяся какъ persona singularis въ правѣ. Такихъ союзныхъ формъ, опредѣляющихъ все политическое и соціальное положеніе человѣка, крайне много. Каждая изъ этихъ союзныхъ формъ имѣетъ свою сферу правъ, съ немногими, для опредѣленныхъ ихъ группъ, типическими, и съ очень многими исключительными чертами. Притомъ, правоспособность этихъ союзныхъ формъ никогда не есть чисто гражданская, а обыкновенно смѣшанная изъ элементовъ права частнаго и права публичнаго, далеко еще не сосредоточеннаго въ лицѣ государства.

Новая юриспруденція, въ этихъ условіяхъ, *сама* никоимъ образомъ *не могла придти къ понятію личности, правоспособности отдѣльныхъ людей* въ сферѣ институтовъ гражданскихъ, къ коему такъ рано пришла римская юриспруденція. Господствующій типъ союзнаго обладанія устранялъ всякую надобность даже въ самыхъ институтахъ отдѣльной приватной собственности, отдѣльныхъ вещныхъ правъ, обильныхъ типическихъ формъ римскаго договорнаго права *для общаго примѣненія*. Входя въ составъ союза, отдѣльный человѣкъ зналъ *права* этого *союза*, какъ высшія, *отъ коихъ производилъ свои*, низшія, зависимыя, которыя приводили его, однако, прямо къ пользованію объектомъ правъ, землею господина, домомъ, построеннымъ на этой чужой землѣ. Точно такъ же постоянныя отношенія къ союзу замѣняли обѣимъ неравнымъ сторонамъ необходимость отдѣльныхъ, свободныхъ договорныхъ формъ.

Задачи юриспруденціи и законодательства заключаются въ

эту пору въ томъ, чтобы опредѣлить скорѣе права союзовъ и отношеніе къ нимъ правъ отдѣльныхъ, входящихъ въ нихъ лицъ, чѣмъ права отдѣльныхъ лицъ, какъ самостоятельныхъ единицъ въ общежитіи.

Весь этотъ бытъ можно охарактеризовать чертою противоположной римскому, *чертой безличности*, гдѣ извѣстный и постоянный характеръ правоотношеній опредѣляется *принадлежностью человѣка къ союзу*, преемственному изъ поколѣнія въ поколѣніе, и формами обладанія, этому союзу свойственными.

Съ другой стороны, если нужна была извѣстность юридическихъ отношеній отдѣльныхъ людей, то въ массѣ случаевъ она достаточно опредѣлялась *отношеніемъ людей къ имуществамъ*, особенно *къ недвижимостямъ*. Такъ что опредѣляющей была земля для человѣка, а не человѣкъ для земли. Сидящій на землѣ верховнаго собственника извѣстный срокъ человѣкъ становился несвободнымъ, полусвободнымъ. Правоспособность опредѣлялась по вещамъ, и извѣстность свойствъ вещи, натурально, въ смыслѣ свойствъ обладателя вещи (церковная, рыцарская, городская) замѣняла собою, для населенія ея, всякія личныя опредѣленія правоспособности. Весь міръ этихъ правоотношеній вращается, очевидно, около иныхъ осей, чѣмъ римскій цивильный бытъ.

По мѣрѣ того, какъ эти старыя союзныя формы теряютъ прежній характеръ опредѣляющихъ положеніе людей линій, уступая государству одну за другой лежавшія на нихъ функціи (власть суда и разныя отрасли управленія), вмѣстѣ съ этимъ приватизируется обладаніе недвижимостями, и бытъ цивильный становится болѣе подвижнымъ, старые способы оріентироваться въ этомъ обмѣнѣ посредствомъ опредѣленія союза, къ коему человѣкъ принадлежитъ, или земли, на которой онъ сидитъ, становятся ненадежными и недостаточными. Общность обладанія уступаетъ мѣсто раздѣльности, и обязательныя для цѣлыхъ поколѣній союзныя начала общежитія замѣняются свободными договорными формами. Если въ этихъ условіяхъ нужна распознаваемость, извѣстность и постоянство юридическихъ отношеній отдѣльныхъ субъектовъ, то достигнуть этого возможно только тѣмъ же методомъ, какимъ этого достигали классики. *Задачи новой юриспруденціи существенно сближаются съ задачами юриспруденціи римской.*

Но, однако, условія, въ которыя поставлена мысль современнаго юриста, въ особенности въ ученіи о лицѣ, далеко не тѣ же, въ какихъ работала римская мысль. Понятіе личности совпадало тамъ съ представленіемъ конкретно извѣстной сферы правоотно-

шеній. Quum omne jus, говоритъ Гермогеніанъ, hominum causa constitutum sit, primo de *personarum* statu... dicemus, L. 2 D. 1. 5. И такъ, хотя Гермогеніанъ указываетъ намъ послѣднюю цѣль всякаго права въ *человѣкѣ*, однако, исходною точкой для своихъ построеній онъ ставитъ именно *личность*.

Мысль современной юриспруденціи этимъ не удовлетворена. Мы принимаемъ за исходную точку нашихъ построеній не эту идею личности, особности, а ищемъ чего-то другого, хотимъ идти глубже... Современное правосознаніе не ставитъ понятія личности такъ обособлено отъ человѣка, какъ это было у римлянъ. Мы не отвергаемъ правоспособности ни у единаго человѣческаго существа. Основу для этого всеобщаго признанія личныхъ правъ, *какъ прирожденныхъ* человѣку (Urrechte), *новая философія раскрываетъ намъ въ его природныхъ свойствахъ, въ его разумности и волеспособности*. Такимъ образомъ, понятіе личности гораздо тѣснѣе сочетается съ этими непремѣнными свойствами всякаго человѣка.

Сколько бы ни было проблематическаго, съ научной точки зрѣнія, въ существованіи такихъ прирожденныхъ правъ [1]), современная практическая юриспруденція дѣйствуетъ въ условіяхъ этого сознанія правоспособности всякаго человѣка, какъ человѣка. Съ этимъ вмѣстѣ возникаютъ новыя задачи для жизни современныхъ обществъ, далеко не всегда разрѣшимыя путемъ юридическимъ, и трудности для современной цивилистики, незнакомыя античной мысли.

Если римская мысль представляла себѣ ясно возможность *сочетанія* личности, конкретной правоспособности, съ человѣкомъ, то она такъ же легко и *разрывала* эту связь, низводя человѣка въ категорію вещей, или давая личный характеръ обладанію тамъ, гдѣ отдѣльнаго человѣка, какъ обладателя, назвать нельзя. *Современная мысль* вовсе *не допускаетъ этого разрыва*, этого полнаго обезличенія человѣка, низведенія его на степень вещи. *Зато внѣ отдѣльно взятаго человѣка*, если не современное сознаніе, то *современная цивилистика трудно ладитъ съ представленіемъ лица*. Основу римскому сознанію всѣхъ юридическихъ отношеній, какъ личныхъ, давала исторически-развившаяся система институтовъ гражданскаго права. Именно въ этой системѣ безусловно *необходима постоянная извѣстность и преемственность личная юридическихъ отношеній*. Безъ этого она немыслима и практически неосуществима. Личное приращеніе

[1]) См. Унгера, System des oesterreichischen allgemeinen Privatrechts § 60.

всѣхъ юридическихъ отношеній необходимо здѣсь не въ цѣляхъ отдѣльнаго заинтересованнаго, *а въ цѣляхъ* всего цивильнаго общежитія, *всего гражданскаго обмѣна.* Внѣ его нельзя себѣ представить не только энергическаго обмѣна, но никакого движенія въ области оборота съ вещами, дѣйствія договорныхъ формъ и проч.

Выше было замѣчено, что, связавъ разъ понятіе личности *съ реквизитомъ разумности и волеспособности субъекта*, наши юристы, философы, *теоретики закрыли себѣ путь къ объясненію всего ряда явленій гражданской правоспособности, идущей за предѣлы правоспособности отдѣльнаго человѣка.* Если человѣкъ правоспособенъ именно въ силу того, что разуменъ и волеспособенъ, то въ силу чего, на какой основѣ будетъ держаться правоспособность тамъ, гдѣ нѣтъ этой личной воли и разума? А между тѣмъ формы такой правоспособности и личности коллективныхъ единицъ, союзовъ, имущественныхъ комплексовъ не только не скуднѣе, но неизмѣримо обильнѣе у насъ, чѣмъ въ Римѣ. Какъ научно обосновать это явленіе?

Отвѣтъ юристовъ настоятеленъ и неотложенъ.

Мы не имѣемъ въ виду исчерпать [1]) здѣсь попытокъ совре-

---

[1]) Подробныя литературныя указанія можно найти во многихъ хорошихъ учебникахъ пандектнаго права. Для обозрѣнія различныхъ направленій въ изысканіяхъ нѣмецкихъ юристовъ и разныхъ опытовъ конструкцій юридическаго лица за время до 1873 года можетъ служить премированное Лейпцигскимъ факультетомъ сочиненіе Zitelmann'a „Begriff u. Wesen der s. g. juristischen Person". Въ г. Цительманѣ мы могли бы привѣтствовать самаго рѣшительнаго германиста въ юриспруденціи, еслибы его построеніе понятія юридическаго лица соотвѣтствовало задачамъ именно *юридическихъ* конструкцій. Г. Цительманъ произноситъ нѣкотораго рода молитву объ освобожденіи нѣмецкой мысли отъ чужого вліянія. „Möge es uns gelingen durch die folgende constructive Entwicklung die destructive Kritik, die bis jetzt auf die fremde Ansicht gegeben ist, zu ergänzen, zu bestätigen und zu erläutern. Основа этой, какъ и нѣкоторыхъ послѣдующихъ юридическихъ построеній Цительмана, взята авторомъ изъ области психологіи, куда окончательно имѣетъ попасть и мыслимый г. Цительманомъ субъектъ права... Какъ это должно произойти—ясно изъ той внутренней основы, которую даетъ Цительманъ своему понятію лица юридическаго. Она заключается въ *безтѣлесной волѣ*? Корпораціи суть *„unleibliche Willen"*. Способность воли, Willensfähigkeit, безъ плоти, ohne Leiblichkeit—вотъ что необходимо для того, чтобъ вытѣснить римскія фикціи и замѣнить ихъ понятными для нѣмецкой мысли образами! Лейпцигскій факультетъ неоказался достаточно нѣмецкимъ, чтобъ освоиться съ этимъ построеніемъ и, награждая автора, оговорилъ свою непричастность этимъ идеямъ о лицахъ столь легко способныхъ улетучиваться...

Въ настоящее время несомнѣнно самыя значительныя заслуги по разработкѣ этого вопроса принадлежатъ профессору Оттону Гирке (O. Gierke теперь въ Берлинѣ, о немъ въ подробности позже). Это три большіе тома историческаго содержанія, къ коимъ присоединенъ четвертый обширный волюмъ, посвященный теоретической части вопроса о союзныхъ формахъ, которыя Гирке вообще называетъ Genossenschaften. Изъ 3-хъ первыхъ томовъ (1—Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft, 1868, 2—Geschichte des deutschen Körperschaftbegriffs, 1873, 3—die Staats-und Corporationslehre des Alter-

менной юриспруденціи найти основы для ученія о лицѣ. Исторія развитія этого ученія идетъ съ первыхъ вліяній римскаго права на европейскую мысль и представляетъ живѣйшій интересъ не съ юридической только, а съ общей культурно-исторической точки зрѣнія, и мы на немъ остановимся въ подробности впослѣдствіи. Здѣсь мы ограничимся короткимъ перечнемъ *современныхъ попытокъ строить понятія личности, чтобъ опредѣлить основаніе той двойственности, которую дають намъ теперешнія системы, различая двѣ категоріи лицъ, физическихъ и юридическихъ.*

Долгое время въ европейской юриспруденціи господствующимъ пріемомъ для расширенія свойства личности на субстраты, которые не суть люди, была метода *очеловѣченія* этихъ субстратовъ, т.-е. присвоенія имъ тѣхъ же свойствъ, какія имѣютъ люди. Какія основы имѣла эта метода въ свое время, какіе слѣды ея удержались въ юриспруденціи до нашихъ дней — объ этомъ мы скажемъ позже, въ особомъ ученіи о юридическомъ лицѣ. Здѣсь замѣтимъ только, что европейское общество, по мѣрѣ разрушенія старинныхъ союзныхъ формъ правообладанія *и образованія въ новыхъ условіяхъ той же богатой латинской системы институтовъ частнаго права*, которую нельзя представить себѣ безъ личнаго приращенія, требовало такой же точности постановки вопроса о субъектѣ гражданскаго права, которая была выработана латинской техникой.

Савиньи принадлежитъ для нашего времени безспорно заслуга постановки вопроса вновь *на подлинно-юридическую почву.* Ученіе о лицѣ перестало быть съ этихъ поръ вполнѣ фантасти-

---

thums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland, 1881) особенно 3-й представляетъ собою изумительно богатую по содержанію и превосходно написанную исторію догмы по этому важному вопросу, доведенную авторомъ до XVI в. Мы имѣемъ въ настоящее время работу г. Л. Гервагена о юридическомъ лицѣ, въ которой русскіе читатели найдутъ подробный очеркъ литературы вопроса и отчетливыя свѣдѣнія по исторіи догмы, основанныя на сочиненіяхъ Гирке. Послѣдняя работа Гирке „Die Genossenschaftstheorie u. d. deutsche Rechtssprechung“ представляетъ собою тоже германистскую попытку вытѣснить неподходящія римскія конструкціи своими, болѣе, конечно, говорящими нѣмецкому уху, глазу, чѣмъ блѣдныя, безкровныя римскія построенія. Дальнѣйшій анализъ содержанія названнаго сочиненія мы сдѣлаемъ въ спеціальной главѣ для ученія о юридическомъ лицѣ. Для русской публики наилучшимъ пособіемъ въ исторіи литературной разработки вопроса будетъ, несомнѣнно, отнынѣ служить напечатанная профессоромъ Н. С. Суворовымъ въ 1892 г. книга „Объ юридическихъ лицахъ по римскому праву“, гдѣ читатель найдетъ богатыя литературныя указанія и мастерское изображеніе всего литературнаго движенія въ Германіи по этому предмету, особенно въ главѣ 1-й. Послѣ 1892 г. надлежитъ отмѣтить для нѣмецкой литературы въ особенности указанные выше Deutsches Priv. Recht. O. Gierke, 1895 г., а также появившіяся въ 1893 г. Pandekten Ferdin. Regelsberger'a. Нынѣ мы имѣемъ второе изд. книги Н. С. Суворова, значительно дополненное.

ческимъ и возвратилось въ область юриспруденціи. Ученіе Савинья, наиболѣе распространенное и теперь въ учебникахъ, слѣдуетъ назвать, по методу разрѣшенія проблемы, способомъ аналогической конструкціи, примѣненіемъ къ явленіямъ союзнаго обладанія тѣхъ же формъ, какія выработаны для обладанія личнаго. Это такъ называемая теорія персонификаціи — *олицетворенія*, — составляющая несомнѣнный успѣхъ и *приближеніе* къ подлинно-римскому понятію лица *сравнительно со старыми ученіями очеловѣченія*, такъ сказать, не людей.

Долгое время господствовавшее ученіе Савинья стало, въ особенности въ 50-хъ годахъ (Sturm u. Drang-Periode in der Jurisprudenz), возбуждать многочисленныя сомнѣнія въ своемъ достоинствѣ. Если нужно, — говорятъ представители новаго направленія, — олицетворять неличное обладаніе, то совершить эту операцію нельзя иначе, какъ *съ помощью фикціи*, стало быть— *актомъ вымысла*. Такимъ образомъ, въ правѣ, въ важнѣйшемъ элементѣ юридическихъ построеній, наряду съ лицами дѣйствительно существующими, дается мѣсто лицамъ, которыхъ нѣтъ въ дѣйствительности, какимъ-то миражамъ, продуктамъ воображенія. Если юристъ способенъ видѣть лицо въ коллегіи, въ корпораціи, въ „лежачемъ“ наслѣдствѣ, то спрашивается, гдѣ же предѣлъ этой игрѣ юридической фантазіи, гдѣ конецъ фикціямъ, вымысламъ, и начало реальнаго міра для юристовъ?

Очень многіе охотно допускали, что теорія персонификаціи есть подлинно римская, чтобъ тѣмъ вѣрнѣе доказать несоотвѣтствіе *формализма* римскихъ построеній современному мышленію (иначе, германскому, ибо, кромѣ германскаго мышленія, въ противоположность классическому, иного, для современности, не полагается), существенно-де *реалистическому*. Мы знаемъ юридическія отношенія лицъ—людей, и видимъ подобныя этимъ юридическимъ отношеніямъ, именно *въ сферѣ имущественной*, права, имѣющія такихъ же реально-наличныхъ субъектовъ. Назвать эти права принадлежащими мыслимымъ субъектамъ — значитъ ничего не сказать опредѣленнаго. Классики знаютъ принадлежность, опредѣляемую не однимъ отношеніемъ *къ кому-либо*, а точно также принадлежность, опредѣляемую отношеніемъ къ *чему-либо*... Въ 1-мъ случаѣ они говорятъ pertinere ad aliquem, во 2-мъ pertinere ad aliquid. Что же способно опредѣлить принадлежность имущества чему-либо? Предназначеніе его, *цѣль, для которой оно существуетъ*. И такъ, *мысля по-германски*, мы должны сказать, что существуютъ *имущества*, которыя принадлежатъ лицамъ, и есть

такія, *которыхъ принадлежность опредѣляется ихъ цѣлью*, ихъ предназначеніемъ. Эти послѣднія суть имущества цѣли (Zweckvermögen). Такъ конструировалъ Алоизъ Бринцъ, одинъ изъ самобытнѣйшихъ пандектистовъ нашего времени, мюнхенскій профессоръ, скончавшійся въ 1887 г.

Несомнѣнно, Бринцъ держался въ своихъ попыткахъ юридическаго построенія въ сферѣ задачъ цивильной юриспруденціи, какъ и Савиньи, и не удалялся въ область вопросовъ психологіи тамъ, гдѣ для нихъ нѣтъ мѣста. Несомнѣнно также, что онъ мыслитъ вполнѣ своеобразно, т.-е. независимо отъ римскихъ образцовъ, хотя, какъ пандектистъ, ищетъ поддержки своимъ возрѣніямъ въ Юстиніановскихъ текстахъ.

Возраженіе Бринца противъ *фикціи лицъ* совершенно основательно, но оно должно быть направлено противъ Савиньи, а не противъ римскаго права, ибо въ римскомъ правѣ мы не находимъ двухъ категорій лицъ, физическихъ и юридическихъ, которыя принимаетъ Савиньи. Въ правѣ римскомъ, *кому бы или чему бы ни присвоивалась правоспособность или личность, свойство цивильной личности или правоспособности оставалось однимъ и тѣмъ же.* Самъ ли человѣкъ, или, вмѣсто него, universitas является какъ активный дѣятель въ гражданскомъ оборотѣ, опредѣлившаяся конкретно сфера его цивильныхъ юридическихъ отношеній есть личная. Въ одномъ случаѣ, при субъектѣ человѣкѣ, она приводится въ движеніе имъ самимъ, если онъ дѣеспособенъ и пока онъ живъ, до его смѣны другимъ человѣкомъ; въ другомъ, при субъектѣ коллективномъ, тѣ же функціи совершаются органами данной коллективной единицы.

Но, независимо отъ этихъ модификацій дѣеспособности, правоспособность тутъ и тамъ мыслится и существуетъ *какъ личная, въ указанныхъ нами выше цѣляхъ юридической извѣстности, постоянства и непрерывности цивильнаго оборота.* То обстоятельство, что отдѣльныя имущества или цѣлыя массы предназначаются для опредѣленныхъ спеціально цѣлей, не устраняетъ вопроса, *какъ существуютъ онѣ* въ смыслѣ цивильной ихъ позиціи, лично, самобытно, съ той же способностью къ самостоятельнымъ, себя ради, цивильнымъ функціямъ, какъ и имущества отдѣльныхъ гражданъ, т.-е. съ той же способностью владѣть, пріобрѣтать, обязываться, требовать, искать, отвѣчать, или иначе? И отвѣтъ несомнѣненъ, что эти *имущества цѣли* существуютъ также *лично*, какъ и всякія другія. Указаніе на цѣль ихъ установленія важно для вопросовъ ихъ управленія, ихъ организаціи,

ихъ внутренняго строя, но оно недостаточно для опредѣленія ихъ позиціи въ цивильномъ бытѣ.

Изъ того, что извѣстное имущество, мое или университетское (книги, рукописи), больничное или отдѣльнаго служителя ея (приспособленія для врачебныхъ цѣлей), предназначено одной цѣли, служенію наукѣ, помощи страждущему человѣчеству,—не видно еще, что это за имущество въ цивильномъ смыслѣ, связано ли оно въ такой комплексъ, который самостоятельно оперируетъ въ гражданскомъ оборотѣ, прирощается, убываетъ, требуетъ вознагражденія за ущербы, ему нанесенные, отвѣчаетъ за ущербы отъ него происходящіе, входитъ въ договоръ и проч. А между тѣмъ *именно это и составляетъ все содержаніе вопроса о личности* и о цивильной правоспособности, а на это именно и не даетъ отвѣта конструкція Бринца; если же даетъ, противуполагая имущество цѣли имуществу лица, то отвѣта этого нельзя признать удовлетворительнымъ, ибо въ немъ заключается отрицаніе личнаго характера принадлежности, допущеніе имуществъ, принадлежащихъ цѣли и въ то же время безсубъектныхъ.

Источникъ ошибочности построеній Бринца тотъ же, что и у ряда другихъ современныхъ юристовъ, т.-е. *задача найти присущее правообладателю свойство*, на коемъ возможно обосновать принадлежащее ему право, особую, личную позицію въ гражданскомъ правопорядкѣ. Нѣтъ сомнѣнія, что все право, какъ говоритъ Бринцъ, имѣетъ человѣка своимъ творцомъ, своимъ предметомъ и своей цѣлью (идея римская). Это первооснова и предѣльная цѣль всѣхъ юридическихъ построеній. Но осуществленіе этой цѣли, въ условіяхъ-цивильно развитого быта, *въ сферѣ отдѣльныхъ отношеній въ особенности*, недостижимо иначе какъ нѣкоторымъ *отрѣшеніемъ понятія личности отъ непремѣннаго представленія отдѣльнаго человѣка*, когда человѣкъ не дѣеспособенъ, когда смерть разрываетъ его связь съ имуществомъ, когда цѣль института, цѣль учрежденія ставится въ независимость отъ измѣнчивой воли и воззрѣній отдѣльнаго человѣка, какъ въ universitas, collegium, pia causa и проч.

При этомъ надлежитъ замѣтить, что *личный характеръ* присвоивается извѣстному организованному дѣлу, предпріятію, назначенію имуществъ далеко не всякій разъ, когда именно видна цѣль предпріятія, дѣла, предназначенія. Возьмемъ для примѣра имущество, несомнѣнно предназначаемое для опредѣленной *цѣли*, приданое, dos, котораго цѣль есть именно поддержка тягостей брачнаго сожитія (ad onera mitrimonii ferenda). Тутъ цѣль и принадлежность ad aliqvid, выражаясь по Бринцу, ясна; но кон-

струировать выдѣленное такимъ образомъ имущество, *какъ особую единицу*, лично оперирующую для этой цѣли чрезъ супруговъ, нѣтъ разсчета [1]). Сами супруги слишкомъ близко стоятъ къ дѣлу, чтобы представленіе 3-хъ, вмѣсто 2-хъ имущественныхъ массъ, обособленныхъ такъ же, какъ обособляется сфера обладанія отдѣльныхъ правоспособныхъ субъектовъ, заключало въ себѣ какое-либо практическое удобство. Супруги суть ближайшіе дестинатаріи, для нихъ назначается это имущество, хотя, правда, не для сепаратныхъ видовъ каждаго, *а для совмѣстныхъ цѣлей супружеской жизни*, которыя нормально и не разсматриваются каждымъ изъ супруговъ, какъ чуждыя ему, а какъ въ то же время и его собственныя. Степень близости цѣлей, для коихъ предназначается имущество, къ отдѣльнымъ дестинатаріямъ можетъ быть очень различная. Чѣмъ ближе каждый дестинатарій поставленъ къ цѣли предназначенія и чѣмъ меньше ихъ кругъ, тѣмъ, натурально, меньше резона обособлять гражданскую личность такихъ имущественныхъ назначеній. Чѣмъ отдаленнѣе эта связь и чѣмъ шире кругъ лицъ, заинтересованныхъ въ управленіи такимъ имуществомъ согласно цѣли его обособленія, тѣмъ, понятно, необходимѣе и самое обособленіе. Обыкновенное условіе такой самостоятельно-личной организаціи составляетъ *значительность юридическихъ операцій*, кои имѣютъ производиться ея именемъ. Указать, однако, разъ навсегда, гдѣ есть и гдѣ должна быть организована особая отъ заинтересованныхъ цивильная правоспособность — дѣло ближайшаго практическаго изученія условій, а не простыхъ теоретическихъ соображеній.

Савиньи различилъ двѣ категоріи лицъ—физическихъ и юридическихъ. Бринцъ замѣнилъ послѣднія понятіемъ имуществъ цѣли. Цѣлый рядъ послѣдующихъ юристовъ, частью съ очень крупными именами, пошли еще дальше по пути самостоятельнаго и совершенно безплоднаго творчества въ этомъ вопросѣ.

Стараясь самъ, не quellenmässig, суммировать въ одномъ понятіи, въ одномъ словѣ даже, весь міръ юридическихъ явленій гражданскаго оборота, Виндшейдъ, на вопросъ, что такое право въ субъективномъ смыслѣ, отвѣчаетъ — это Wollen-dürfen, воледозволенность [2]). Мы выше видѣли, не отступая ни на шагъ отъ римскихъ построеній, что право, въ самомъ дѣлѣ, есть *область*

[1]) Тоже для пекулія, peculium nascitur, crescit, decrescit, moritur, et ideo eleganter Papirius Fronto dicebat, peculium simile esse homini, но все же это не есть особый субъектъ, persona въ техническомъ смыслѣ.

[2]) Какой оттѣнокъ нѣмецкая рѣчь присвоиваетъ глаголу dürfen въ юриспруденціи—объ этомъ Бирлингъ въ св. книгѣ Zur Revision d. jurist. Grundbegriffe даетъ цѣлый экскурсъ.

обнаруженія воли человѣка по преимуществу, что все оно идетъ отъ человѣка, сферу его дѣятельности имѣетъ своимъ содержаніемъ, ради человѣка существуетъ. Но это не мѣшало римскому юрисконсульту говорить *о личности* въ правѣ и допускать область личнаго въ сферѣ юридическихъ отношеній и тамъ, гдѣ нѣтъ волеспособности непосредственно данной, а есть или прежде опредѣлившійся кругъ отношеній, уже связанныхъ и еще не вошедшихъ въ составъ другого (hered. jac.), или гдѣ воле- (вѣрнѣе, и эту поправку въ опредѣленіи субъективнаго права у Виндшейда предлагаетъ Биндингъ, дѣе-) дозволенность, Wollen dürfen, упражняется не самимъ субъектомъ, а обнаруживается чрезъ посредство особой организаціи.

Какія же консеквенціи получаются у Виндшейда отъ этого понятія субъективнаго права, отъ Wollen-dürfen? Гдѣ нѣтъ Wollen-dürfen, тамъ нѣтъ права? Это было бы совершенно возможное и логически правильное заключеніе, но его остерегается сдѣлать Виндшейдъ, ибо тогда оказалось бы, что онъ не видитъ вовсе дѣйствительности. Виндшейдъ выходитъ изъ затрудненія, которое самъ себѣ сдѣлалъ, инымъ путемъ. Гдѣ нѣтъ Wollen-dürfen, тамъ право въ *субъективномъ* смыслѣ все-таки есть, но оно *безсубъектно!!* Болѣе обличительнаго результата *смѣшенія понятій человѣка и лица въ гражданскомъ смыслѣ нельзя придумать*. Его нашелъ Виндшейдъ, натурально, не въ римскомъ правѣ, гдѣ его нѣтъ. Но оно не нужно и для нашего права, ибо хотя у насъ, иначе чѣмъ у Римлянъ, личенъ всякій человѣкъ, но нѣтъ никакой надобности ограничивать примѣненія личнаго сферой волеспособнаго человѣка и не допускать мыслить личности тамъ, гдѣ она не дана непосредственно волей отдѣльно взятаго человѣка.

Принеся эту дань логикѣ, совершенно ненужную для юриспруденціи, Виндшейдъ, однако, сохраняетъ для своего учебника терминъ „юридическое лицо“, но соображеніямъ не юридическимъ, а скорѣе эстетическимъ: die juristische Person,—говоритъ онъ,—ist eine nicht wirklich existirende, nur vorgestellte Person (ю. л. есть не существующее въ дѣйствительности, а лишь воображаемое лицо)... и основаніемъ для этого творчества фантазіи служитъ глубоко въ природѣ человѣка лежащее стремленіе къ личному (natürliches, auf dem tiefen Zuge zur Persönlichkeit, welcher durch die Menschennatur hindurch geht, beruhendes Gefühl)..

Если нельзя отказать въ большой смѣлости этого рода логическимъ и эстетическимъ построеніямъ, то въ этомъ смыслѣ, (т.-е.

въ смыслѣ сильности) Ihering оставилъ, въ своей Allg. Theorie der Rechte, всѣхъ своихъ предшественниковъ далеко позади себя. Разъ принципомъ воли нельзя объяснить себѣ всѣхъ явленій права, тогда на что же нуженъ самый принципъ? Вотъ постановка вопроса у Ihering'a. Чтобы имѣть право, не нужно имѣть способности воли, какъ это мы видимъ у дѣтей, умалишенныхъ и проч. Отъ этого положенія для субъективнаго права Ihering быстро переходитъ къ передѣлкѣ самаго понятія права и получаетъ въ результатѣ „интересъ", „пользованіе", „благо", какъ критерій для всѣхъ юридическихъ конструкцій. Мы касались этихъ конструкцій выше (разныя мѣста Введенія). Для юридическаго лица *результаты новыхъ воззрѣній на право* особенно любопытны, ибо Ihering находитъ, что субъектомъ права въ формахъ коллективнаго обладанія является не мыслимая фигура юридической личности, а тѣ, *на пользу* коихъ идетъ имущество, ибо *принципъ пользы* [1]) есть рѣшающій для права. Стало быть, имущество воображаемаго лица (по Савинью), имущество цѣли (по Бринцу) будетъ, по Ihering'у, собственно имуществомъ дестинатаріевъ, интересентовъ, тѣхъ, кому оно предназначено, больныхъ, если это больница, артистовъ, если это институтъ для живописи, для музыки и т. п. Въ очень потѣшныхъ формахъ Ihering старается картинно изобразить результатъ иныхъ построеній, гдѣ можетъ оказаться, что юридическое лицо станетъ въ открытую вражду съ тѣми, кто его составляетъ.

Однако, отвѣта на вопросъ, чье же *право?*—какіе реквизиты права въ субъективномъ смыслѣ? — здѣсь нѣтъ; ибо сказать — больницей *пользуются* больные, а странно-пріимнымъ домомъ — странники, значитъ сказать, для вопроса права, такъ же мало, какъ сказалъ уже Бринцъ, именуя имущество юридическихъ лицъ имуществомъ цѣли.

Намъ нужны вовсе не эти тэзы, стоящія внѣ всякаго сомнѣнія, а совершенно иныя. Мы требуемъ отвѣта на вопросъ: *есть ли въ этихъ случаяхъ такая же форма имущественнаго обладанія*, цивильная, со всѣмъ содержаніемъ институтовъ цивильной системы, какая существуетъ въ данномъ правѣ для отдѣльныхъ правоспособныхъ людей, или нѣтъ, и на этотъ вопросъ Савинью, Бринцъ, Виндшейдъ, Ihering отвѣчаютъ намъ каждый въ большей или меньшей мѣрѣ уклончиво.

Брунсъ, разбирая три главнѣйшія попытки построенія юри-

---

[1]) Есть ли здѣсь, въ самомъ дѣлѣ, *принципъ*, это, какъ извѣстно, очень спорно. Бельгіецъ Laurent говоритъ: l'intérêt n'est qu'un mobile, qui rapproche (всегда ли?) les hommes, ce n'est pas un principe.

дическаго лица (Савиньи, Бринца, Ihering'a), находитъ ихъ не столько фальшивыми, сколько мало пригодными, каждую отдѣльно взятую, чтобы обнять весь кругъ явленій, съ коими они должны сосчитаться. Брунсъ справедливо замѣчаетъ, что по поводу всякаго имущества отдѣльнаго лица надлежитъ различать три элемента (вопроса): само имущество (мы бы сказали—его составъ), *впереди стоящій вопросъ его обладанія* (davor... das Haben) и засимъ идущій (dahinter) вопросъ пользованія. Несомнѣнно, что для права, для даннаго юридическаго быта впереди именно долженъ идти вопросъ—*чье это имущество*, какой формѣ обладанія оно подлежитъ, самостоятельной, личной, или данное имущество и всѣ юридическія отношенія, съ нимъ связанныя, не смотря на постоянство его назначенія, на извѣстность, притязающихъ къ пользованію имъ, не самостоятельно, *не есть отдѣльная величина, а лишь часть другой*? Въ первомъ случаѣ мы примемъ особность и личность этой имущественной сферы; во второмъ — нѣтъ. То обстоятельство, что имущество будетъ фигурировать въ оборотѣ, какъ казенное, университетское, мірское, а пользоваться имъ будутъ все же люди того или другого круга, вовсе не измѣняетъ формы цивильнаго обладанія имъ, какъ личной въ цивильномъ смыслѣ, точно такъ же, какъ имущество отдѣльнаго человѣка не перестанетъ быть его имуществомъ, хотя право пользованія имъ будетъ долгое время, быть можетъ, всю жизнь собственника, принадлежать пользователю.

Обстоятельства, наиболѣе смущавшія мысль нашихъ юристовъ въ вопросѣ о формѣ имущественнаго обладанія тамъ, гдѣ нѣтъ отдѣльнаго человѣка, условлены, какъ мы видѣли, тѣмъ, что въ этихъ формахъ за юридической конструкціей какъ будто вовсе скрытъ живой человѣкъ. Мы уже сказали, что цѣль отдѣльности и личнаго характера обладанія для коллективныхъ единицъ, въ смыслѣ матерьяльномъ, *не въ нихъ самихъ*, какъ она можетъ быть (но можетъ и не быть) и у отдѣльнаго человѣка, *а въ общеизвѣстности и постоянствѣ цивильныхъ отношеній*.

Съ другой стороны, и отдѣльный человѣкъ является, какъ мы увидимъ подробнѣе дальше, въ своихъ цивильныхъ отношеніяхъ *не какъ физическая особь со всѣми безчисленными видоизмѣненіями ей свойственными*. Савиньи справедливо обращаетъ вниманіе на то, что, говоря о человѣкѣ, какъ субъектѣ правъ гражданскихъ, мы отбрасываемъ цѣлую массу характеризующихъ лично каждаго моментовъ. Въ отношеніяхъ юридическаго характера для насъ столь часто вовсе безразличенъ нравственный мотивъ дѣйствія человѣка, безразличны столь многія соціальныя положенія

людей, физическія ихъ свойства, которыя кладутъ на живого человѣка и на его судьбу неизгладимую печать, безразличенъ тотъ или другой способъ пользованія имуществомъ и пр. Въ понятіе лица, въ его функцію, какъ субъекта гражданскихъ правъ, входятъ далеко не всѣ эти черты живой дѣйствительности.

Представленіе лица, правоспособнаго субъекта, есть абстракція всегда и вездѣ, гдѣ рѣчь идетъ объ организованномъ цивильномъ бытѣ. Это—*юридическая переработка* живого явленія не только тамъ, гдѣ правоспособна община, союзъ людей, установленіе, но и тамъ, гдѣ правоспособенъ отдѣльный человѣкъ.

И тутъ, и тамъ этой переработкой достигается для міра субъективныхъ юридическихъ отношеній та же цѣль, какая для вопросовъ права достигается извѣстнымъ пріемомъ образованія юридическихъ положеній или правилъ. Право не достигнетъ необходимой для его осуществленія извѣстности, если оно не превратится въ комплексы опредѣленныхъ положеній, правилъ, нормъ, институтовъ, хотя Юлій Павелъ вѣрно замѣчаетъ, что правила изъ права, а не право изъ правилъ, ведутъ свое происхожденіе (L. 1 D. de R. J.). Однако, тамъ, гдѣ нѣтъ этихъ правилъ, тамъ право будетъ jus incertum и, какъ говоритъ Цицеронъ, paene ridiculum. — Точно также въ основѣ отдѣльныхъ правъ гражданскихъ лежатъ многообразные мотивы, интересы, разсчеты и цѣли, но всѣ эти внутренніе факторы, вліяющіе на образованіе правъ въ субъективномъ смыслѣ, не въ состояніи намъ дать того, что составляетъ нашу задачу. Намъ необходима извѣстность, постоянство, распознаваемость живыхъ юридическихъ отношеній, а достигнуть этого мы не можетъ иначе, какъ мысля обособленными сферы этихъ правоотношеній, личными, все равно, кто бы ни былъ правообладателемъ, дитя, зрѣлый, здравомыслящій, предусмотрительный, легкомысленный, сумасшедшій, отдѣльный человѣкъ, группы людей, сословія, товарищества, казна и проч.

Исканіе воли, какъ необходимой и постоянной основы для всякой правоспособности, составляетъ задачу, поставленную совершенно врозь съ задачами собственно цивилистическихъ построеній. Разъ найдена постоянная связь извѣстныхъ юридическихъ отношеній съ *юридически* опредѣленнымъ правообладателемъ, кто бы онъ ни былъ, отдѣльный человѣкъ, или та или другая союзная форма, цѣль *цивилиста* достигнута. Намъ видны *всѣ роли юридической драмы*, кто истецъ, гдѣ отвѣтчикъ, владѣлецъ, покупщикъ, правопреемникъ, собственникъ, должникъ,

вѣритель, и мы укажемъ выходъ (юридическій) изъ любой коллизіи, независимо отъ вопроса, кто скрывается за этими юридическими фигурами, живой или мертвый, молодой или старый, вся компанія или особенно чтимый ея членъ — учредитель такой-то.

Не воля человѣка и не интересъ или пользованіе того или другого субъекта даютъ *общій критерій*, коимъ опредѣляется устойчивость правоотношеній въ данномъ юридическомъ бытѣ. *Воли* можетъ не быть въ данной метаморфозѣ личнаго обладанія, *интересъ* можетъ оказаться совершенно проблематическимъ, но этимъ вопросы права, его принадлежности, его субъекта, не устраняются. Ихъ нельзя связать исключительно съ наличностью такихъ колеблющихся, хотя и существенныхъ для права реквизитовъ. Основу всеобемлющую, неизмѣнную и постоянную для понятія лица слѣдуетъ искать въ интересахъ высшаго порядка. Рѣшающимъ здѣсь будетъ начало необходимости, реквизитъ нормы, непремѣнной извѣстности правоотношенія, все равно, хотятъ или не хотятъ этого люди, выгодно это для нихъ или убыточно. Этотъ реквизитъ *не можетъ быть чисто субъективнымъ*, отвѣчающимъ только требованію *свободы или личной выгоды*; это долженъ быть *интересъ соціальный*, постулатъ *общаго правопорядка, объективный*, отвѣчающій въ тоже время требованіямъ *необходимости, соціально-юридическій*.

Только съ этой точки зрѣнія и при этомъ критеріѣ мы освѣтимъ себѣ всѣ темныя мѣста общей системы гражданскихъ правоотношеній, возможность права для круга субъектовъ, гдѣ нѣтъ воли, для такихъ построеній, гдѣ интересъ конструкціи вовсе не связанъ съ правообладателемъ, и длящуюся совокупность правоотношеній, когда нѣтъ носителя [1]).

Вопросъ, гдѣ предѣлъ образованію такихъ формъ? есть праздный для цивилиста, и если бы нѣмецкому юридическому сознанію и цѣлямъ извѣстности правоотношеній не были противны конструкціи правоспособныхъ монсовъ, которыя предлагаетъ гейдельбергскій профессоръ Эмануилъ Беккеръ, то суды нѣмецкіе

[1]) Не одни перечисленныя въ текстѣ явленія личнаго правообладанія оставляютъ, при субъективномъ критеріи, темныя мѣста нашихъ цивильныхъ системъ. Мы на нихъ остановились здѣсь, ибо трактуемъ вопросъ о лицѣ, какъ субъектѣ *чьей сферы* правоотношеній. Но тотъ-же вопросъ о субъектѣ затрудняетъ цивилистику и по отношенію къ отдѣльнымъ правоотношеніямъ. Таковы правоотношенія по договорамъ въ пользу 3-го, по бумагамъ на предъявителя, по предіальнымъ сервитутамъ, гдѣ субъектъ остается скрытымъ, а право все же существуетъ (сюда Ihering примѣняетъ отчасти свое понятіе пассивнаго дѣйствія права). И эти явленія отдѣльныхъ правоотношеній перестанутъ насъ затруднять, если вмѣсто одного субъективнаго критерія мы поставимъ еще интересы обмѣна, соціально-юридическія цѣли, какъ рѣшающія.

должны были бы покорно идти этимъ путемъ. Мы защищаемъ ту тезу, что человѣкъ, его сознаніе, его воля, лежащія въ его нравственной природѣ стремленія служатъ основой права и его нормъ, юридическаго быта и юридическихъ отношеній, но для того, чтобъ это составляло постоянную черту быта культурныхъ обществъ, вовсе нѣтъ необходимости, чтобы каждый отдѣльный правообладатель былъ волеспособенъ, разуменъ и проч.

Употребленіе термина „лицо“ нынѣ не одинаково въ юридической техникѣ разныхъ странъ. Оно наиболѣе соотвѣтствовало цѣли въ римской терминологіи. Французы не всегда пользуются имъ, гдѣ это несомнѣнно полезно. Весьма нерѣдко, когда французскому юристу надо обозначить *правообладателя абстрактно*, независимо отъ обладанія въ той или другой сферѣ правоотношеній, вещной, обязательственной, онъ употребляетъ совершенно неточно слово propriétaire, собственникъ, propriétaire de la maison, de la créance, тогда какъ, точно выражаясь, мы имѣли бы собственника только въ 1-мъ случаѣ, а во 2-мъ вѣрителя. Послѣдствія этой неправильности очень важны, и мы будемъ имѣть случай сказать объ этомъ позже еще разъ.

Нѣмцы не дѣлаютъ этой ошибки, ибо у нихъ употребителенъ терминъ „лицо“, какъ и у римлянъ, для абстрактнаго обозначенія правообладателя, правоспособнаго, независимо отъ того, что составляетъ предметъ обладанія, стало быть, абстрактно.

Римляне вездѣ и все, что представляетъ собою обособленную правоспособность, именуютъ просто лицомъ: не только человѣка, но и смѣняющуюся въ коллективномъ единствѣ совокупность лицъ, persona coloniae ipsius, не только лицо живаго правоспособнаго, но и опредѣлившуюся сферу правообладанія умершаго, *persona* defuncti. И такъ, тутъ технической терминъ „лицо“, „persona“, есть вполнѣ абстрактный и *самъ себѣ равный для всѣхъ случаевъ, гдѣ надо обозначить обособленную правоспособность*, самостоятельно опредѣлившуюся сферу гражданскихъ правоотношеній и въ этомъ видѣ функціонирующую въ цивильномъ оборотѣ съ необходимымъ для этой цѣли свойствомъ постоянной ея юридической извѣстности.

Мы могли бы, при самомъ развитомъ обиліи, обойтись этимъ простымъ терминомъ, какъ имъ обходились римляне. Termini technici, теперь употребительные для двухъ явленій правоспособности, особенно у нѣмцевъ, для правоспособности отдѣльнаго человѣка и коллективныхъ единицъ, далеко не суть ни удачные, ни выдержанные, ни точные. *Сама правоспособность вездѣ одна.* То обстоятельство, что она присвоена установленію или отдѣль-

ному человѣку, не видоизмѣняетъ ее въ существѣ. Называть человѣка правоспособнаго лицомъ физическимъ, а корпорацію юридическимъ, нѣтъ никакого основанія. Нѣмецкіе систематики учатъ, что правоспособность лица физическаго прекращается съ его смертью. Затѣмъ, однако, изъ другихъ §§ тѣхъ же нѣмецкихъ системъ мы узнаемъ, что со смертью человѣка его юридическія отношенія не должны прекращаться, а должны продолжать свое существованіе, но уже не въ единствѣ физической личности (римляне не боялись сказать persona defuncti!), а въ новомъ видѣ, въ видѣ лица юридическаго, лежачаго наслѣдства (классики удачно говорятъ personae vice fungitur) [1]).

Таковы результаты сочетанія римскихъ понятій, вѣрнѣе, терминовъ съ современными теоріями! Нельзя не сказать, что они довольно уродливы. У римлянъ persona живущаго и persona defuncti одна и таже, такъ же какъ и persona coloniae. Только извѣстность, дѣеспособность, предѣлы правоспособности разныхъ лицъ въ разныхъ случаяхъ не одинаковы. Тогда и слѣдовало бы учить такъ: *лицо, въ цивильномъ смыслѣ, есть понятіе единое, всегда установляемое методомъ юридическимъ, но способъ опредѣлять* въ конкретныхъ случаяхъ *извѣстность* лица, *предѣлы* личной правоспособности, *дѣеспособность разныхъ лицъ не одинаковъ*. По этимъ признакамъ можно различать разные роды лицъ, лица съ болѣе широкой сферой правоспособности и съ болѣе ограниченной, дѣеспособныя и нѣтъ, юридическая извѣстность существованія коихъ опредѣляется моментомъ рожденія физическаго, или иными признаками, указанными правомъ. Это не значитъ, что одни лица суть лица по физическимъ причинамъ, а другія по юридическимъ.

Какъ отдѣльные люди, такъ и союзы людей суть *лица въ смыслѣ права*, juris interpretatione. Нельзя утверждать, что одни изъ нихъ суть реальныя особи, а другія только мыслимыя. Правообладающій союзъ людей отнюдь не менѣе правоспособенъ, чѣмъ отдѣльный человѣкъ въ соотвѣтствующей сферѣ, и исторически правоспособность союза вовсе не составляетъ подражанія, уподобленія, явленія послѣдующаго за правоспособностью отдѣльнаго человѣка, а скорѣе наоборотъ. Только отрѣшившійся отъ исторической почвы догматизмъ могъ создать такія представленія въ юриспруденціи. Точно также никакихъ подобій воли человѣка намъ не надо вымышлять, чтобъ имѣть субъектовъ, коллективно

[1]) Замѣтимъ здѣсь любопытный оборотъ рѣчи, который употребляютъ классики, когда хотятъ обозначить цѣль, интересъ совершающагося дѣйствія—defunctorum *interest*.

обладающихъ правомъ, ибо и самъ человѣкъ является правоспособнымъ не въ той только мѣрѣ, въ какой онъ волеспособенъ и въ какой онъ способенъ быть лично пользователемъ земныхъ благъ. *Весь вопросъ о личности долженъ быть* отрѣшенъ для каждаго отдѣльнаго случая отъ этихъ фактическихъ моментовъ и *поставленъ въ связь* не только съ интересами и волей людей, какъ отдѣльно взятыхъ разумныхъ существъ, а въ то же время *съ интересами общежитія, извѣстности, постоянства, непрерывности юридическихъ отношеній и ихъ обмѣна въ гражданскомъ быту.*

Однако, группировка лицъ по 2-мъ названнымъ категоріямъ не только не устраняется изъ современной терминологіи, но даже какъ будто пріобрѣтаетъ право гражданства. Ее знаетъ прусскій ландрехтъ (moralische Personen), ею пользуется, хотя умѣренно, австрійскій кодексъ. Новый саксонскій прямо начинаетъ съ этихъ 2-хъ категорій лицъ свою систему (впереди только положенія о нормахъ). Лоранъ хочетъ ввести незнакомое до сихъ поръ французскому кодексу дѣленіе 1-й книги на двѣ части: 1-ю для personnes physiques, 2-ю для corporations. Испанскій гражданскій кодексъ 1889 г. ввелъ это дѣленіе въ свою систему (см. переводъ A. Levé, liv. I, titre 2, chap. II des personnes juridiques). Новый кодексъ 96 г. даетъ 69 параграфовъ для понятія юридическаго лица (§§ 21—90) въ составѣ Общей части. Борьба юристовъ, указанная выше, противъ понятія юридическаго лица, стремленіе замѣнить его инымъ наименованіемъ (имущество цѣли, пользованіе дестинатаріевъ) не даетъ результата. У насъ не только въ учебникахъ, но и въ практикѣ судовъ терминъ „юридическое лицо“ весьма распространяется.

Мы имѣли въ виду предшествующимъ изложеніемъ коротко резюмировать фальшивыя стороны и послѣдствія употребленія этого термина, многочисленныя недоразумѣнія, которыя влечетъ за собой дѣленіе лицъ на существующихъ въ природѣ (физическихъ) и будто бы въ природѣ не существующихъ, только мыслимыхъ. Затѣмъ, однако, самый терминъ, съ этими оговорками, особенно съ прибавкой die sogenannte juristische Person удерживается какъ безвредный въ употребленіи даже открытыми врагами фикцій въ правѣ.

Наше законодательство его не знаетъ, и *графъ Сперанскій въ этомъ отношеніи сталъ ближе къ подлинному римскому праву* и къ новому направленію цивилистической литературы, *чѣмъ* нѣкоторые предшествующіе и послѣдующіе *кодексы западные.* Т. X, ч. I говоритъ *только о лицѣ, а не о 2-хъ* кате-

горіяхъ лицъ въ правоотношеніяхъ гражданскихъ. Позднѣйшій кодексъ, образовавшійся у насъ, ч. III мѣстн. узаконеній остзейскихъ, вводитъ терминъ „юридическое лицо“ въ отдѣльныхъ случаяхъ (см., напр., ст. 713, 1692, 2913, 2918).

Положеніе немногихъ статей X т. ч. I, сюда относящихся, въ системѣ весьма характерно. Извѣстно, что 1-я книга X т. имѣетъ своимъ содержаніемъ права и обязанности семейственныя, такъ что собственно имущественные институты расположены въ 3-хъ послѣдующихъ книгахъ. При этомъ книга 2-я (о порядкѣ пріобрѣтенія и укрѣпленія правъ на имущества вообще) распадается на три раздѣла: 1) о разныхъ родахъ имуществъ, 2) о существѣ и пространствѣ разныхъ правъ на имущества, 3) о порядкѣ пріобрѣтенія и укрѣпленія правъ вообще, изъ коихъ лишь въ 3-мъ, послѣднемъ, мы встрѣчаемъ опредѣленіе круга лицъ имущественно-правоспособныхъ.

Это глава 1-я раздѣла 3-го книги 2-й, озаглавленная такъ: *о лицахъ, могущихъ пріобрѣтать права на имущества.* Здѣсь любопытнѣе всего указаніе на личный характеръ *имущественнаго обладанія,* данное въ титулѣ этой главы. По содержанію очень краткая гл. 1 этого разд. (всего 3 статьи, 696, 697 и 698) вполнѣ соотвѣтствуетъ статьямъ 406 — 415, которыя трактуютъ о разныхъ родахъ имуществъ *по свойству лицъ, ими обладающихъ* (имущ. государственныя, удѣльныя, разныхъ установленій, общественныя и частныя).

Сочетаніе того и другого ряда статей дало бы то, что въ Code civil выработано (несравненно точнѣе) въ tit. I Chap. III livre II подъ титуломъ „des biens dans leur rapport avec ceux qui les possèdent art. 537—543) и началу liv. III „des différentes manières, dont on acquiert la propriété“. Соотвѣтствіе, конечно, далеко неполное. Затѣмъ, французы имѣютъ кн. 1, трактующую des personnes и заключающую въ себѣ не одни права союза семейственнаго, а общія положенія de la jouissance et de la privation des droits civils, des actes de l'état civil, du domicile, des absens. Соотвѣтствующихъ этому положеній нашъ X т. не заключаетъ и въ пору его возникновенія заключать не могъ.

Въ условіяхъ теперешняго праворазвитія мы близко подходимъ къ потребности такихъ же и еще болѣе развитыхъ, чѣмъ въ Code civil, *общихъ опредѣленій гражданской правоспособности.* Но X т. остается тѣмъ же, какимъ былъ, и въ ст. 698 мы читаемъ: *всѣ прочія* (выше указано верховное обладаніе имущ. государств. и обладаніе удѣльными имущ.) *права на имущества,*

по различію самыхъ имуществъ и въ предѣлахъ, закономъ опредѣленныхъ, могутъ пріобрѣтать: 1) Члены Императорскаго Дома; 2) дворц. управленія; 3) казна; 4) дворянск., городскія и сельскія общества; земскія учрежденія именемъ земства имѣютъ право пріобрѣтать недвижим. и движим. имущества; 5) епархіальн. начальства, монастыри и церкви; 6) кредитн. установленія, богоугодн. заведенія; 8) учебн. и ученыя заведенія; 9) частныя лица, 10) сословія лицъ, какъ-то: товарищества, компаніи, конкурсы. Въ прим. къ этой ст. читаемъ, что пространство и свойство сихъ правъ подробно обозначены 1) для отдѣльныхъ лицъ и обществъ въ законахъ и состояніяхъ и особ. Прил. къ IX т., и въ Св. воен. постановл.; 2) для установленій — въ уставахъ ихъ и учрежденіяхъ; 3) для казны въ Устав. казен. управленія и госуд. благоустройства.

Таковы общія ссылки статьи на другія части законодательства; рядомъ съ этимъ идутъ и особыя указанія (см. Боровиковскаго).

Статья эта и указанія въ примѣч. развивались въ своемъ содержаніи вмѣстѣ съ движеніемъ законодательства, особенно въ царствованіе Александра II, въ связи съ расширеніемъ цивильной правоспособности на совершенно иной кругъ лицъ, чѣмъ въ пору, когда статья составлена въ ея первоначальномъ видѣ.

Въ ряду перечисленныхъ статьей 698 правоспособныхъ въ имущественномъ отношеніи субъектовъ названы (п. 10) конкурсы.

Юриспруденція того времени, когда составлялся Св. Закон., намъ мало извѣстна, а подъ ст. 698 и 415 не приведено указовъ, на коихъ они основаны. Между тѣмъ въ практикѣ нашей, въ виду 27 ст. Уст. Гр. Суд., возникъ вопросъ, надлежитъ ли *конкурсу* имѣть особаго по суду повѣреннаго для исковъ и отвѣтовъ, какъ этого требуетъ ст. 27 для обществъ, товариществъ и компаній. Сенатъ, принявъ во вниманіе ст. 698. п. 10 т. X и 27 Уст. Гр. Суд., нашелъ, что въ ст. 698 п. 10 конкурсы сравнены съ товариществами и проч. *только по правамъ на пріобрѣтеніе имущества*, что едва-ли справедливо въ виду ст. 415—419 т. X. ч. I, и заключилъ, несомнѣнно основательно, что конкурсныя управленія, по точному смыслу 1931 ст. Уст. о Торг. Несостоят., принимая дѣла несостоятельнаго, управляютъ оными въ качествѣ *уполномоченнаго отъ всѣхъ заимодавцевъ* (Рѣш. Гр. Кас. Деп. 1877 г. № 100; ср. еще тамъ же № 17, гдѣ читаемъ: опекуны, когда ихъ нѣсколько, *представляютъ* въ совокупности личность малолѣтняго и, по самому существу понятія о представительствѣ, составляютъ какъ бы одно лицо; № 48 — для

понятія администрацін; № 52 — несостоятельность умершаго и конкурсное управленіе по дѣламъ наслѣдства; ст. 1931 съ толков. по изд. Устава Торг. г. Носенко; эта ст. теперь есть 552 въ Уст. Суд. Тор. по офиц. изд. 1887 г.).

Такимъ образомъ, въ виду недостаточной обоснованности нашей легальной терминологіи, несогласованности разныхъ частей законодательства и неудобствъ, встрѣчаемыхъ практикой, мы не можемъ держаться той группировки лицъ, какую даетъ намъ ст. 698 X т. Правоспособныя *лица, сами, и органы, представляющіе ихъ, не могутъ*, безъ вредныхъ послѣдствій для всѣхъ цивилистическихъ конструкцій, *быть поставлены въ одну категорію явленій*. Анализъ этихъ явленій несомнѣнно лучше выполненъ въ западныхъ кодексахъ, о коихъ мы говорили выше, благодаря высшему развитію тамъ юриспруденціи, и въ этихъ же пріемахъ анализа явно чувствуетъ потребность наша теперешняя практика.

ГЛАВА I.

УЧЕНІЕ О ФИЗИЧЕСКОМЪ ЛИЦѢ.

§ 16.

Пріобрѣтеніе правъ личности.—Простота ученія въ современныхъ системахъ.—Порядокъ регистраціи во Франціи и Германіи въ особенности. — Положеніе вопроса въ нашемъ правѣ.—Регистрація при Петрѣ.—Разнообразіе способовъ удостовѣренія событій касающихся лица въ дѣйствующей системѣ.—Метрики и законъ 1874 года. — Метрическія записи по различію вѣдомствъ и мѣстъ, гдѣ произошло событіе. — Восточныя окраины. — Царство польское.

Самостоятельная гражданская правоспособность, цивильная личность, можетъ, на извѣстныхъ степеняхъ соціальнаго развитія, принадлежать *отдѣльно взятому человѣку*.

Для того чтобы это положеніе человѣка, какъ личности, получило въ практикѣ гражданскихъ правоотношеній легчайшую примѣнимость, необходимо дать юридическую извѣстность не только составу правъ, изъ коихъ слагается эта личность, но и способамъ опредѣлять связь отдѣльно взятаго человѣка съ отвлеченно указанной правоспособностью, установлять принадлежность ея отдѣльному человѣку.

Какъ для всякаго отдѣльнаго юридическаго отношенія, такъ и *для правоспособности человѣка въ цѣломъ* (его totum jus, status, universum jus) мы достигаемъ необходимой для ея осуществленія

юридической извѣстности, опредѣляя ея *начальный моментъ* и моментъ ея прекращенія (das Werden des subjectiven Rechts). Когда началась правоспособность извѣстнаго лица, здѣсь — отдѣльнаго человѣка? — вотъ существеннѣйшій моментъ юридической извѣстности, которой намъ необходимо достигнуть. Разъ начавшись, отдѣльная личность остается постоянно извѣстной въ сферѣ доступныхъ ей юридическихъ отношеній, держится, какъ правоспособная сила, до момента ея прекращенія. Обѣ кардинальныя линіи, коими опредѣляется положеніе человѣка въ гражданскомъ быту, суть, стало быть, *пріобрѣтеніе и потеря имъ правъ личности*.

Вамъ извѣстно, что это ученіе въ правѣ римскомъ принадлежало къ числу весьма сложныхъ, ибо съ представленіемъ *человѣка* въ этомъ правѣ не соединялись необходимо свойства самостоятельной личности, отдѣльной гражданской правоспособности.

Чтобы дать юридическую опредѣленность вопросу о правоспособности отдѣльнаго человѣка, въ разныхъ историческихъ условіяхъ, требовались далеко не одни и тѣ же признаки. Слѣды *различія людей въ объемѣ ихъ правоспособности* удержались in multis articulis juris civilis и до сего времени. Но это сравнительно уже слабые остатки старой неравноправности отдѣльныхъ людей. Мы будемъ имѣть ихъ въ виду въ дальнѣйшемъ изложеніи ученія о гражданской правоспособности отдѣльныхъ людей.

Въ вопросѣ, здѣсь насъ занимающемъ, *въ ученіи о возникновеніи* этой правоспособности, независимо отъ ея объема, современное ученіе несравненно проще римскаго. Въ нашемъ правѣ отпалъ цѣлый рядъ ограниченій правоспособности людей, знакомыхъ римскому праву и, главнымъ образомъ, мы не знаемъ людей вовсе неправоспособныхъ, людей—представляющихъ собою не субъектовъ права, а товаръ, рабовъ. Съ этимъ вмѣстѣ масса опредѣленій, которыя были нужны римскому юрисконсульту, чтобъ установить связь человѣка съ личностью, принадлежность ея ему, его status, для насъ не существуетъ.

Въ современномъ правѣ простымъ *фактомъ рожденія* человѣка опредѣляется необходимо и начало его личности, устанавливается юридически принадлежность ему, въ той или другой мѣрѣ, *самостоятельной правоспособности* (art. 1 Нѣм. код. 96 г.).

Процессъ образованія этой *идеи личности* всякаго человѣка былъ отдѣльными признаками коротко намѣченъ нами во Введеніи. Современные европейскіе кодексы, одинъ за другимъ, выражаютъ въ болѣе или менѣе категорической формѣ эту идею всеобщей, не для гражданъ только, а для всѣхъ людей, своихъ

и чужихъ, установленной гражданской правоспособности. Въ противуположность старой территоріальной максимѣ, по коей воздухъ *господской земли* дѣлалъ чужого человѣка подвластнымъ ея господину (l'air asservit), тотъ же воздухъ, въ новое время, сперва въ городахъ (l'air de ville fait libre), потомъ на территоріи цѣлыхъ государствъ сталъ дѣйствовать иначе и обращалъ всякаго человѣка, какимъ бы ни было общественное его положеніе въ другомъ мѣстѣ, въ свободнаго и цивильно-правоспособнаго въ предѣлахъ данной территоріи.

Французы шли впереди въ этомъ движеніи законодательства, и уже законъ 5 іюня 91 года объявляетъ всякаго пребывающаго на французской территоріи свободнымъ.

Медленно, но постоянно, та же территоріальная максима (Luft macht eigen) уступала мѣсто новой въ отдѣльныхъ нѣмецкихъ территоріяхъ, въ Австріи въ 1826 году, въ Пруссіи съ 1857 г. (Luft macht frei).

Состояніе неволи и неправоспособности гражданской выведено окончательно законодательными актами прошлаго царствованія и изъ русскаго дѣйствующаго права. Съ этимъ вмѣстѣ вопросъ о правоспособности гражданской въ этомъ общемъ смыслѣ сталъ, какъ сказано, въ высшей степени простымъ въ теперешней нашей практикѣ. *Моментъ пріобрѣтенія ея для человѣка* юридически опредѣляется *событіемъ его рожденія* [1]).

Установляя, однако, эту въ высшей степени важную культурно-историческую черту современной европейской и русской жизни, мы получаемъ, для вопроса о правоспособности отдѣльныхъ людей только, такъ сказать, *отрицательный* результатъ, *людей неправоспособныхъ нѣтъ*.

Необходимо, вмѣстѣ съ этимъ, имѣть еще цѣлый рядъ данныхъ, которыми ближе и положительнымъ образомъ осуществляется въ извѣстномъ законодательствѣ эта идея.

Правоспособность людей въ старое время юридически опредѣлялась повсюду принадлежностью ихъ къ тому или другому

[1]) Въ виду этого едва ли нужно выдѣлять особое *право на личность* для отдѣльнаго человѣка, ибо, въ современномъ правосознаніи, личность есть необходимое свойство всякаго человѣческаго существа. Гирке (§ 30), какъ и много другихъ юристовъ, правильно утверждаетъ, что это есть основа всѣхъ отдѣльныхъ правъ. *Отъ личности нельзя отречься.* Иное дѣло отдѣльныя права, для коихъ личность служитъ общей основой. Такъ для лицъ физическихъ. Иначе для союзовъ, которые хотя тоже не сами произвольно снимаютъ съ себя свойство личности, но могутъ дѣйствительно или имѣть это свойство, или не имѣть его, быть лишены личности. Между тѣмъ Гирке *право личности* для лицъ физическихъ ставитъ въ особенной части своей системы, какъ особое право, на ряду съ другими. Это умѣстно развѣ только для опредѣленія объема правъ личности и отдѣльныхъ связанныхъ съ нею притязаній. Тутъ тоже, однако, много спорнаго у современныхъ систематиковъ (Гирке § 82).

союзу, племенному, территоріальному, сословному, исповѣдному. Съ принадлежностью къ тому или другому, или ко многимъ изъ названныхъ союзовъ вмѣстѣ, связана была *положительнымъ* образомъ извѣстность нормъ, коимъ подчиняется правоспособный субъектъ, подсудность его въ дѣлѣ защиты его правъ, наконецъ, самая юридическая извѣстность существованія человѣка.

Что касается Россіи, то еще весьма недавно громадная масса русскаго населенія, къ условіямъ крѣпостного быта, составляла частью простой инвентарь „населеннаго имѣнія", частью податную и военно-служебную силу, наличность которой была важна для государства, частью, наконецъ, это было населеніе православное, въ коемъ союзъ семейный ограждался законами церкви. Отдѣльно взятый крѣпостной человѣкъ подлежалъ власти господской, и о самостоятельной гражданской личности этого зависимаго класса людей не могло быть рѣчи. Счетъ этого населенія опредѣлялся въ интересахъ государства мѣрами государственными, въ особенности ревизіями [1]), которыя обнимали классы податные и притомъ въ составѣ отдѣльныхъ семей, какъ они значились въ метрическихъ записяхъ духовенства. Извѣстность состава *привилегированныхъ* сословій и ихъ положеніе опредѣлялось также съ помощью метрикъ, списками другого рода, въ особенности сословными, но въ интересахъ ихъ же гражданской правоспособности.

Возможно найти и на западѣ признаки тѣхъ же различій въ подчиненіи лицъ разнымъ нормамъ, различнымъ судамъ, сеньоріальному, городскому, сословному, королевскому, церковному, того же самаго различія въ способахъ удостовѣренія наличности населенія, какія знала и наша старина.

Что же произошло на Западѣ, въ законодательствахъ въ особенности французскомъ и обще-германскомъ, со времени появленія новой идеи общей гражданской правоспособности?

Въ указанную выше période intermédiaire во Франціи необычайно быстро разрушены были всѣ основы стараго быта, не только сеньоріальныя права, отношенія властныя господъ къ территоріи и населенію, исключительные институты, разсчитанные на поддержку сословныхъ интересовъ, но и юрисдикція церковнаго суда, со всѣми послѣдствіями устраненія этихъ старыхъ основъ быта. Всѣ старые источники права должны были вмѣстѣ съ этимъ изсякнуть и уступить мѣсто единому источнику всѣхъ правъ—*закону французскаго государства.*

Отдѣльно взятый человѣкъ съ гражданской правоспособ-

[1]) Ср. т. IX ст.ст. 1147 и 1148 по изд. 1876 г. исключен. въ изд. 1899 г. того же тома.

ностью, ему принадлежащей, *сталъ въ прямое и непосредственное отношеніе къ единой государственной власти*, мимо иныхъ общественныхъ союзовъ (о союзѣ семейномъ см. ниже). Правоспособность общая для всѣхъ и равная, безъ различія классовъ людей, ограждена новой судебной организаціей, и *извѣстность правъ личности*, ихъ пріобрѣтенія, потери, содержанія, *установлена новымъ порядкомъ регистраціи* событій рожденія, брака, смерти людей, поставленнымъ въ тѣсную связь съ организаціей суда гражданскаго и совершенно выдѣленнымъ изъ прежняго вѣдѣнія церкви. Въ цѣломъ, не только планъ обособленія права частнаго отъ публичнаго (C. c. art. 7) [1]), но и задача отдѣленія церкви отъ государства для области права, секуляризація брака, уничтоженіе юрисдикціи церкви, проведены вполнѣ послѣдовательно. Въ основѣ лежатъ законы 20 — 25 сентября 92 года, *sur le mode de constater l'état civil des citoyens et sur le divorce*, коими отмѣнены всѣ каноническіе законы, до того регулировавшіе брачное право, и замѣнены закономъ государства. Характерныя черты этого новаго способа установлять извѣстность правосостоянія гражданъ суть слѣдующія: 1) подчиненіе органовъ регистраціи указанныхъ событій государству (officier de l'état civil; функцію эту выполняетъ меръ, его помощникъ, adjoint, или муниципальный совѣтникъ) и постановка ихъ дѣятельности въ такую же связь со свѣтской юрисдикціей гражданскихъ судовъ, въ какую поставлена дѣятельность нотаріата; 2) приведеніе порядка регистраціи, т.-е. занесенія записей въ прямую и тѣснѣйшую связь съ цѣлью учрежденія, т.-е. съ задачей *удостовѣрять событія*, опредѣляющія возникновеніе, прекращеніе, объемъ правоспособности отдѣльнаго человѣка; 3) отвѣтственность всего круга соучаствующихъ въ совершеніи актовъ гражданскаго состоянія передъ лицомъ закона [2]).

Нельзя не сказать, что со введеніемъ этого новаго порядка нанесенъ былъ рѣшительный ударъ разнымъ формамъ союзной автономіи, племенной, семейной, сословной, исповѣдной, и что

---

[1]) Этотъ art. и рядъ слѣдующихъ до art. 22 весьма измѣненъ подъ вліяніемъ зак. 26 іюня 1889 и 23 іюля 1893 г. Art. 7 гласитъ: „l'exercice des droits civils est indépendant de l'exercice des droits politiques...“.

[2]) Критика дѣйствующаго порядка указываетъ на многія его несовершенства и требуетъ улучшеній, особенно въ смыслѣ полноты данныхъ, коими опредѣляются посредствомъ этихъ régistres всѣ важныя для état civil условія. Въ силу преемства отъ прежнихъ (исповѣдныхъ) органовъ регистраціи, эти реэстры даютъ показанія только о рожденіи, смерти, бракѣ. Между тѣмъ есть еще рядъ данныхъ, коими еще дальнѣйшимъ образомъ опредѣляется état civil du citoyen и которыхъ не даютъ теперешніе регистры. Движеніе законодательства въ этомъ направленіи, начало реформъ, дальнѣйшія предположенія улучшеній и литературу вопроса читатель найдетъ въ указан. выше Traité élément. par Marcel Planiol, m. I по 2-му изд. стр. 194 и слѣд. (n°. 488 и слѣд.).

въ то же время *интересы* отдѣльнаго *лица*, съ одной стороны, и *государства*—съ другой, были *несравненно лучше обезпечены*. Вотъ *полезительный* результатъ освобожденія личности человѣка изъ старыхъ формъ союзной зависимости.

Мы имѣемъ нынѣ еще другой, весьма близко подходящій по типу къ этому закону, новый обширный законодательный актъ нѣмецкой имперіи, коимъ также опредѣляется порядокъ веденія записей гражданскаго состоянія и совершенія брака. Это законъ 6 февраля 1875 года. Судьба вопроса вообще любопытна. Введенный Бонапартомъ, вмѣстѣ съ Code civil, французскій mode de constater l'état civil des citoyens былъ вытѣсненъ изъ многихъ нѣмецкихъ земель послѣ того какъ борьба за свободу (Freiheitskampf) достигла цѣли и замѣненъ старымъ способомъ веденія метрикъ духовными лицами. Теперь, закономъ 1875 г., этотъ французскій способъ вводится опять повсюду съ нѣкоторыми несущественными видоизмѣненіями. Какъ во многихъ другихъ случаяхъ, у нѣмцевъ законъ 1875 г. вызванъ не столько юридическими, сколько политическими соображеніями. Онъ составляетъ результатъ борьбы съ вліяніемъ въ особенности римской куріи на дѣла гражданскаго суда (Kulturkampf). Вмѣстѣ съ тѣмъ, это одинъ изъ первыхъ законодательныхъ актовъ едва опредѣлившейся общей имперской компетенціи по предметамъ гражданскаго права. Онъ предшествуетъ не только общему гражданскому уложенію, но даже общему уставу гражданскаго судопроизводства для имперіи. Поспѣшность руководящихъ людей въ разрѣшеніи этой задачи совершенно понятна, ибо законъ, коимъ прежде всего и самымъ надежнымъ образомъ гарантируются интересы личной правоспособности гражданъ, несомнѣнно вѣрнѣе всего другого привлечетъ населеніе къ точнымъ показаніямъ его состава, а затѣмъ, натурально, центральная власть удобно можетъ воспользоваться этимъ матеріаломъ для цѣлей управленія военнаго, финансоваго и т. д. [1]).

По существу это такой же актъ разграниченія духовной и свѣтской юрисдикціи, какимъ во Франціи былъ законъ 92 года. Бракъ перестаетъ быть установленіемъ церковнымъ и совершается, независимо отъ исповѣдныхъ различій брачущихся (между христіанами разныхъ исповѣданій и между христіанами и евреями), въ формахъ гражданскихъ. Согласно новому закону, „докумен-

[1]) Оцѣнку этого способа вести счетъ населенію см. въ „Теоріи Статистики“ проф. Янсона, 2-е изд. 1887 г. Законъ 1875 г. уже составилъ предметъ спеціальной разработки въ нѣмецкой литературѣ. Для цивилистовъ достаточно переработокъ этого закона, сдѣланныхъ проф. Mandry въ его книгѣ „Der civilrecht. Inhalt d. Reichsgesetze, 3 изд. Теперь еще Hinschius 3 изд.

тальное удостовѣреніе рожденій, браковъ и смертей совершается чрезъ занесеніе должностными лицами, назначенными для сего государствомъ, этихъ событій въ надлежащіе реэстры“ (§ 1). Эти реэстры (Standesregister) „доказываютъ тѣ событія, для удостовѣренія коихъ они назначены и кои въ нихъ занесены, до тѣхъ поръ, пока будетъ противудоказанъ подлогъ, неправильная запись, или неправильность показаній или утвержденій, на основаніи коихъ запись произведена“ (§ 15). „Государство не препятствуетъ духовнымъ лицамъ вести свои реэстры, но таковые *не пользуются публичнымъ довѣріемъ* (publica fides), которое присвояется актамъ гражданскаго состоянія по закону 6 февраля 1875 года.

Вотъ практическое и *положительное* разрѣшеніе вопроса о предѣлахъ цивильной правоспособности отдѣльныхъ людей (начало, конецъ) и о способахъ удостовѣрять ее во Франціи и Германіи.

Какимъ образомъ разрѣшаетъ эту задачу русское законодательство?

Мы видѣли выше, что неправоспособныхъ людей современный русскій законъ не знаетъ. Для цѣлей огражденія всѣхъ и каждаго въ его правахъ гражданскихъ организована уставами 20 ноября 1864 года цѣлая лѣстница судебныхъ установленій, въ коихъ задачи законодательства, управленія, суда, и ближе — юстиціи гражданской и уголовной, обособлены и поставлены въ отличныя отъ прежняго условія. Въ этомъ отношеніи русская государственная власть не только не отставала отъ соотвѣтствующаго движенія законодательства въ Германіи, но шла, въ смыслѣ объединенія процессуальныхъ формъ, даже впереди нѣмецкихъ розныхъ судебныхъ уставовъ. Что же сказать о способахъ удостовѣренія событій, опредѣляющихъ цивильную правоспособность отдѣльныхъ лицъ?

Мы показали выше тѣсную связь, въ какой стояло разрѣшеніе этой задачи на западѣ съ *устраненіемъ* старинныхъ союзныхъ формъ быта и съ секуляризаціей союза брачнаго въ особенности. Государственная власть, однако, стояла у насъ далеко не въ той степени соревнующаго антагонизма съ властью церкви, какую мы видимъ въ исторіи западныхъ государствъ. До Петра Вел. обширная область юрисдикціи по дѣламъ семейнымъ и наслѣдственнымъ въ самой значительной степени принадлежала церкви и подверглась вліянію права каноническаго съ его видоизмѣненіями въ практикѣ русскихъ духовныхъ судовъ. При слабомъ развитіи договорнаго права, за исключеніемъ этихъ институтовъ, для области права гражданскаго оставалась лишь

сфера имущественныхъ отношеній по недвижимостямъ, носившимъ въ ту пору характеръ далеко не цивильный. Она была во всякомъ случаѣ далеко не обширною. Начиная съ Петра, юрисдикція свѣтскаго суда замѣтно расширяется, прежде всего на кругъ дѣлъ о наслѣдованіи, а затѣмъ, и въ дѣлахъ семейныхъ, на ряду со старыми источниками канонического права, развивается все болѣе и болѣе законодательная дѣятельность свѣтской власти.

Не менѣе того *судъ по дѣламъ брачнымъ удерживается въ рукахъ духовныхъ властей до настоящаго времени.* Это составляетъ первое и существеннѣйшее препятствіе для перехода нашего законодательства отъ прежней формы удостовѣренія событій рожденія, брака, смерти, отъ старыхъ взглядовъ на эти задачи къ новымъ. Въ тѣхъ условіяхъ, коими опредѣляется положеніе русской церкви съ Петра Вел. въ особенности, государство не только не могло видѣть опасности для своихъ цѣлей въ широкомъ вліяніи духовенства на эту сторону дѣла, а, наоборотъ, пользовалось записями указанныхъ фактовъ чрезъ слугъ церкви какъ подспорьемъ для производства переписей населенія.

Тотъ *порядокъ веденія* такъ называемыхъ *метрикъ*, который держится и до сего времени, введенъ былъ указомъ Петра въ маѣ 1722 года. Въ прибавленіи къ духовному регламенту (П. С. З. № 4022) указано священникамъ имѣть у себя книги, метрики, гдѣ отмѣчать своего прихода младенцевъ рожденіе и крещеніе, а такожъ случаи смерти такихъ младенцевъ до крещенія, съ прописаніемъ вины, коей ради младенецъ лишенъ св. крещенія, да въ тѣхъ же книгахъ записывать бракомъ сочетающихся. Подъ № 4480 даны формуляры для веденія метрическихъ записей. Первоначально этотъ порядокъ введенъ для православныхъ приходовъ. Онъ, стало быть, не былъ общимъ. Съ другой стороны, любопытенъ вопросъ, былъ ли этотъ порядокъ единственнымъ удостовѣряющимъ эти событія?

Въ томъ же году (1722), въ инструкціи герольдмейстеру читаемъ: „Повиненъ онъ всего государства всѣхъ *дворянъ* списки имѣть троякіе“. Указаны эти три рода списковъ и велѣно передать въ Сенатъ всѣ прежніе изъ Розряда, да изъ Военной и Адмиралтейской коллегій. Въ это новое учрежденіе велѣно ежегодно сообщать рапортомъ, что у кого дѣтей мужеска пола родится или умретъ. Это *дворянскіе списки*. И здѣсь, какъ при ревизіяхъ, записи метрическія служили тоже важнымъ подспорьемъ для точности отмѣтокъ. Незадолго до этого (1718 г.), какъ мы видѣли выше, установленъ порядокъ приведенія въ извѣстность

населенія, тоже мужского, тоже по всей имперіи, названный ревизіей (П. С. З., № 3245).

Все это способы приводить въ извѣстность личный составъ населенія имперіи, но есть ли въ числѣ ихъ хотя одинъ, который имѣлъ бы цѣлью *именно обезпеченіе правъ отдѣльныхъ людей?* Возможно ли ожидать, въ этой эпохѣ, дѣятельности законодателя, направленной на такую цѣль, на то, что французы называютъ mode de constater *l'état civil* des citoyens? Натурально, всего менѣе. Между тремя категоріями актовъ возможно различить такіе, которые *ближе подходили къ этой цѣли*, другіе, которые далеко отъ нея отстояли; но несомнѣнно ни одинъ прямо на эту цѣль не былъ разсчитанъ. Ревизія отстояла всего дальше отъ личныхъ интересовъ людей, подлежавшихъ переписи. Тутъ цѣль была прямо военная и финансово-административная. Но совершенно такъ и вѣдомство герольдмейстера разсчитано (см. указъ) на выполненіе обязанностей дворянъ въ отношеніи къ государству. Наконецъ, и о метрикахъ, въ первоначальномъ ихъ видѣ, законъ вовсе не говоритъ, какъ о средствѣ удостовѣрить именно *гражд. правоспособность*. Тутъ та же точка зрѣнія обязанности, а не правъ: по коей винѣ младенецъ лишенъ св. крещенія, въ покаяніи ли преставился умирающій, и если не погребенъ, то по какой винѣ (причинѣ) не получилъ христіанскаго погребенія. Мы убѣдимся въ дальнѣйшемъ, особенно на образцахъ французскаго метода вести регистраціи этихъ актовъ *гражданскаго* состоянія въ точномъ смыслѣ, что вовсе не эти обстоятельства, а только событія рожденія, смерти и проч., нарочито, безъ всякой ихъ квалификаціи, и составляютъ подлинную задачу современныхъ actes de l'état civil.

Всѣ эти записи (мы ихъ здѣсь не перечисляемъ, а только приводимъ въ видѣ примѣра) въ послѣдующемъ законодательствѣ крайне развились. Образовалось множество отдѣльныхъ видовъ и способовъ удостовѣрять наличность человѣка для самыхъ разнообразныхъ цѣлей. Они связаны частью съ положеніемъ человѣка въ составѣ населеннаго имѣнія, частью съ положеніемъ человѣка въ составѣ того или другого служебнаго вѣдомства, частью съ принадлежностью къ тому или другому государственному сословію, къ тому или другому установленію, исповѣданію, племени и т. д. Прямое отношеніе лица къ государству обнаруживается лишь въ вопросѣ о подданствѣ или иновемствѣ; засимъ во всемъ другомъ *между отдѣльнымъ человѣкомъ и государствомъ стоитъ* неизбѣжно *та или другая союзная форма*, которою разрѣшается весь вопросъ о свойствахъ личности и правоспособности человѣка.

Только люди произвольно уходящіе изъ состава этихъ союзовъ, оставляющіе произвольно мѣсто жительства, указанное имъ закономъ, исповѣданіе господствующей церкви или христіанское вообще, укрывающіеся отъ подлежащаго вѣдомства (союза), вѣдаются прямо государствомъ, но уже во всеоружіи его карающей силы. Законодательство переполнено многочисленными опредѣленіями способовъ вступленія и выхода изъ этихъ союзовъ. Союзныя формы правоспособности преобладаютъ, личныя поглощены. Жизнь и развитіе этихъ союзныхъ формъ составляютъ предметъ изученія другихъ юридическихъ дисциплинъ, права государственнаго, церковнаго, полицейскаго, ибо характерныя для нихъ функціи суть именно или политическія, или религіозныя, или соціально-политическія, всего менѣе чисто цивильныя.

Мы укажемъ дальше, насколько эти союзныя формы являлись сами цивильно-правоспособными и насколько принадлежность къ той или другой изъ нихъ видоизмѣняетъ и нынѣ въ извѣстной степени личную правоспособность. Здѣсь достаточно замѣтить, что *государство не гарантировало никакихъ правъ людямъ, стоящимъ внѣ признанныхъ союзныхъ формъ*. Это были люди гуляющіе, бродяги, бѣглые, отступники и пр. Для этихъ людей искать въ ту пору удостовѣренія ихъ личности, рожденія, семьи, было бы совершенно противно ихъ интересамъ, и лично они заявляли себя нормально непомнящими ни родства, ни племени, ни семьи, ни мѣста, гдѣ родились, порвавшими всякія связи съ своимъ прошлымъ. Въ рѣдкихъ случаяхъ простая достовѣрность событія рожденія и смерти лицъ, не состоящихъ въ какой-либо изъ признанныхъ общественныхъ группъ, могла представлять интересъ сколько-нибудь значительный для нихъ.

Наиболѣе общимъ, хотя не разсчитаннымъ первоначально на эту цѣль *способомъ удостовѣрять личное правосостояніе служили* въ этихъ условіяхъ *метрики*, какія велись обязательно духовенствомъ, сперва только православнымъ, затѣмъ другихъ христіанскихъ исповѣданій, іудейскимъ, магометанскимъ и проч.

Кодификація русскаго права произошла въ такихъ условіяхъ, когда правоспособность *гражданская* далеко еще не обособилась отъ старыхъ союзныхъ формъ, опредѣлявшихъ государственный и общественный строй стараго времени. Такимъ образомъ все то, что на этой основѣ дѣйствовало въ практикѣ, должно было найти мѣсто и въ кодексѣ. Ввести въ систему *гражданскихъ* законовъ всю массу положеній о разныхъ родахъ состоянія, въ коихъ числились люди, не было правильнаго основанія. Законы о состояніяхъ составили особый томъ свода, именно IX, и въ него

вошли не только опредѣленія различной правоспособности лицъ, смотря по ихъ принадлежности къ тому или другому государственному состоянію, но и указанія способовъ веденія актовъ состоянія.

Какъ ни разнообразны эти указанія, накопившіяся въ теперешнемъ составѣ свода законовъ о состояніяхъ, они, однако, далеко не исчерпываютъ этой важной матеріи съ юридической стороны. При невозможности отдѣлить вопросъ о правоспособности гражданской отъ принадлежности лица къ тому или другому состоянію, законъ раздѣлилъ акты, коими удостовѣряется состояніе каждаго лица, на I, *общіе* для всѣхъ состояній: приходскія (метрическія) книги и вѣдомости; II, *отдѣльные* для нѣкоторыхъ состояній: 1) для дворянства — дворянскія родословныя книги, общій гербовникъ дворянскихъ родовъ и списки дворянскіе, содержимые въ департаментѣ герольдіи, 2) для духовенства—монастырскія записныя книги и списки лицамъ духовнаго вѣдомства, 3) для городскихъ обывателей—городовыя обывательскія книги и бархатная книга знатныхъ купеческихъ родовъ; III, *особенные* акты для состоянія городскихъ и сельскихъ обывателей — ревизскія сказки (т. IX, ст. 1032, нынѣ, по изд. 99 г., это ст. 858, въ коей ревизскія сказки отнесены къ прошлому, а бархатная книга для купеч. родовъ вовсе опущена).

Т. X ст. 123 (замѣнена правилами Уст. Гр. Суд., показ. ниже) указываетъ еще виды актовъ, коими доказывается рожденіе, при отсутствіи метрическихъ книгъ или сомнительности обстоятельствъ, въ нихъ показанныхъ,—это формулярные списки родителей, исповѣдныя росписи (см. Уст. Гр. Суд. ст. 1356, нынѣ т. 16 ч. I и II, въ посл. ст. 147; эти опредѣленія касаются законнорожденныхъ) и иные, указанные въ ст. 1032, нынѣ 858, т. IX документы.

Не подлежитъ никакому сомнѣнію, что все это разнообразіе способовъ удостовѣренія событій, опредѣляющихъ правоспособность отдѣльнаго человѣка, очень осложняетъ задачи огражденія правъ гражданскихъ. Однако, зло это было неизбѣжнымъ до тѣхъ поръ, пока характерное свойство самаго быта заключалось именно въ необособленности правъ гражданскихъ отъ публичныхъ, и правоспособность гражданская опредѣлялась принадлежностью лица къ той или другой союзной формѣ, изъ коихъ слагался строй русскаго государства.

Мы указали во Введеніи, что реформы императора Александра II поставили вопросъ о гражданской правоспособности отдѣльныхъ людей въ значительную степень независимости отъ ихъ сословной квалификаціи, отъ различія ступеней, ими зани-

маемыхъ въ смыслѣ государственномъ. Выходъ лица изъ этихъ старыхъ союзныхъ формъ, по разнымъ причинамъ, не могъ совершиться моментально. Если старая организація сословій быстро утрачивала свое прямое вліяніе на права гражданскія, то интересы государственнаго управленія, военнаго и финансоваго въ особенности, еще долгое время удерживали массу населенія въ исключительныхъ условіяхъ частью приниженной правоспособности, частью непринаровленнаго для цивильныхъ цѣлей удостовѣренія ея. Лишь отмѣна стараго порядка отбыванія рекрутской повинности, подушной подати и постоянные успѣхи выкупной операціи приводятъ эти массы населенія въ болѣе свободное отношеніе къ старымъ союзнымъ формамъ быта и дѣлаютъ ненужными старые способы удостовѣренія личности, особенно посредствомъ ревизскихъ сказокъ.

Мы видѣли выше, что метрики введены безъ прямой цѣли удостовѣрять именно гражданскую правоспособность. Записи въ нихъ производятся „по исправленіи каждой требы, какъ-то: молитвъ при рожденіи и крещеніи младенца, вѣнчанія и погребенія“ (ст. 1038, нынѣ 861). Согласно приложенному къ ст. 1035, нынѣ 864 формуляру, въ книгѣ обозначается годъ, мѣсяцъ и день рожденія. Такъ какъ записью удостовѣряется церковное событіе, то натурально присоединившійся къ православію раскольникъ долженъ быть также занесенъ въ метрику (т. XIV, уст. о пред. и прест. ст. 58).

Позже чѣмъ для православныхъ приходовъ порядокъ веденія метрикъ былъ выработанъ и утвержденъ русской законодательной властью для исповѣданій римско-католическаго, евангелич.-лютеранскаго, для магометанъ, евреевъ, караимовъ, для раскольниковъ, баптистовъ. Въ этомъ процессѣ дальнѣйшаго примѣненія старой системы *она сама существенно измѣнилась и утрачивала свой старинный характеръ. Для евангелич.-лютеранскихъ записей требуется отмѣтка года, мѣсяца, числа и часа рожденія и смерти*, при чемъ въ списки (особ. графа) вносятся и мертворожденные и умершіе до крещенія младенцы (т. IX ст. 1064 и 1070, нынѣ 892 и 898), а также въ *общемъ спискѣ прихожанъ отмѣчается вступленіе и выбытіе изъ прихода* (1074 и 1075, нынѣ 902, 903). Правила дѣйствія для духовн. лицъ иностран. исповѣданій указываются частью въ IX т., частью въ XI, въ устав. иностранныхъ исповѣданій, какъ и самое вѣдомство дѣлъ этого рода сосредоточено въ министерствѣ внутреннихъ дѣлъ, въ департаментѣ духовныхъ дѣлъ иностранныхъ исповѣданій.

Но какъ бы мы въ будущемъ ни ушли далеко, въ опредѣленіи правоспособности отдѣльныхъ лицъ, отъ прежняго порядка удостовѣренія правосостоянія, способы старинные удержать свое практическое значеніе для вопросовъ правъ гражданскихъ и позже, ибо основы этихъ правъ покоятся часто на отношеніяхъ прошлаго времени, иногда весьма отдаленнаго. И мы имѣемъ нынѣ постоянные процессы, въ особенности по вопросамъ наслѣдованія лицъ въ порядкѣ преемства родственнаго, основанные на давноминувшихъ отношеніяхъ близости лицъ, удостовѣреніемъ коей служатъ прежніе, *особые* акты состоянія.

Для классовъ, несшихъ не однѣ тягости, а пользовавшихся правами и привилегіями особенно со времени новой организаціи сословій при Екатеринѣ II, *отдѣльные* акты состоянія стояли ближе къ вопросу о ихъ правахъ и они натурально еще дольше удержатъ свое значеніе въ практикѣ [1]).

Мы не остановимся въ подробности на вопросахъ подчиненности, порядка выдачи книгъ, порядка записи, свидѣтельствованія ихъ, выдачи метрическихъ свидѣтельствъ по всѣмъ указаннымъ исповѣданіямъ, ибо все это отличается значительнымъ разнообразіемъ по различію исповѣданій, и свѣдѣнія эти легко найти въ указанныхъ мѣстахъ Св. Зак. Что касается метрическихъ книгъ, содержимыхъ священно-служителями и причетниками *православныхъ приходовъ*, то онѣ дѣлятся на 3 части: a) о рождающихся, b) — бракосочетавшихся и c) — умершихъ. Для каждой части свои формуляры. Въ 1-й части нѣтъ показаній лицъ, кои свидѣтельствуютъ о рожденіи, а такъ какъ запись касается собственно крещенія младенца, то для обозначенія воспріемниковъ существуетъ особая графа; въ другой графѣ показывается духовное лицо, совершившее таинство. Подпись священника и причетниковъ удостовѣряетъ событіе, а рукоприкладство свидѣтелей записи (отца, матери) *допускается по ихъ желанію*. Соучастіе этихъ лицъ въ просмотрѣ записаннаго есть факультативное: когда они сами пожелаютъ повѣрить точность записи и когда, въ предотвращеніе ошибокъ, ихъ къ тому приглашаютъ члены церковнаго причта (ст. 872 изд. 1899 г.). Съ записями бракосочетаній въ особенности мы встрѣтимся въ другомъ мѣстѣ. Въ части 3-й,

[1]) См. т. IX, особ. ст. 1101 и 1132 и прим. (а также ссылки на указы, служащіе имъ основаніемъ). По изд. 1899 г. это ст. 958, ст. 1132 исключена. Здѣсь показана цѣль, для которой введены дворянскія родословныя книги и городскія обывательскія: дабы доставить каждому пособіе продолжать свое достояніе наслѣдственно, отъ отца къ сыну, внуку, правнуку. См. тоже ст. 1130 (987 по изд. 1899 г.) о спискахъ лицъ духовнаго вѣдомства православнаго исповѣданія, въ кои не вносятся дѣти этихъ лицъ, а показываются въ послужныхъ спискахъ отцовъ (см. примѣч. къ ст. 1130, нынѣ исключенное).

объ умершихъ; отмѣчается событіе смерти, но безъ особыхъ, направленныхъ на точное удостовѣреніе именно событія смерти мѣръ, а съ показаніемъ мѣсяца, дня смерти, званія, имени и проч. умершаго, болѣзни, *кто исповѣдывалъ, кто совершалъ погребеніе и гдѣ погребенъ*, для чего и есть особыя рубрики. Все вмѣстѣ удостовѣряется подписью причта.

При наступленіи года, изъ листовъ, указаннымъ способомъ разграфленныхъ, сшиваемыхъ въ тетради для каждой части (рожденія, брака, смерти) отдѣльно, духовными консисторіями или правленіями изготовляются книги и за скрѣпой одного изъ членовъ этихъ присутствій, съ обозначеніемъ числа листовъ, выдаются по одной на каждую церковь, гдѣ и имѣютъ быть хранимы (образцы указаны въ т. IX, прилож. къ ст. 861, изд. 1899 г.). Записи дѣлаются (безъ подчистокъ, погрѣшности оговариваются) совершившими соотвѣтствующую требу. Метрическія книги ежемѣсячно должны быть свидѣтельствуемы и подписываемы причтомъ, при чемъ должны быть показаны числа родившихся, сочетавшихся и умершихъ. При наступленіи 1-го мѣсяца слѣдующаго года, причтъ, за общимъ подписаніемъ, отсылаетъ веденныя имъ книги въ консисторію, удостовѣряя, что списки съ нихъ, за общимъ же подписаніемъ, оставлены при церквахъ для храненія въ ризницахъ. Освидѣтельствованныя и переплетенныя книги хранятся, каждый годъ особо, въ архивахъ консисторій, откуда заинтересованныя лица и могутъ получать консисторскія метрическія свидѣтельства. Исправность веденія книгъ и своевременная отправка въ консисторію лежитъ на отвѣтственности священнослужителей и причетниковъ и гарантируется сверхъ сего свидѣтельствованіемъ оныхъ по полугодно благочиннымъ. Съ каждымъ новымъ годомъ консисторія дѣлаетъ распоряженія о разсылкѣ прошнурованныхъ формуляровъ вновь для дальнѣйшаго веденія записей. О цѣлости хранимыхъ въ архивахъ книгъ и объ исправности доставки епархіальные архіереи ежегодно доносятъ святѣйшему сѵноду. Метрическія свидѣтельства изъ консисторій выдаются самому записанному, его повѣренному, родителямъ и опекунамъ, при чемъ выдача новаго свидѣтельства допускается лишь въ виду утраты прежняго. Выданныя по просьбѣ заинтересованныхъ, немедленно по учиненіи записи приходскимъ духовенствомъ, выписи, тоже именуемыя метрическими свидѣтельствами, не замѣняютъ консисторскаго метрическаго свидѣтельства (тамъ же ст. 859, 880 для лицъ правосл. испов.; въ дальнѣйшихъ статьяхъ тоже для иностр. и нехрист. исповѣд.).

Мы видѣли до сихъ поръ способъ дѣйствія русской государ-

ственной власти тамъ, гдѣ орудіями ея цѣлей служили союзныя организаціи признанныхъ государствомъ исповѣданій. Извѣстно, однако, что въ разныя эпохи народной жизни у насъ возникали религіозныя ученія и толки, не пользовавшіеся такимъ признаніемъ. Къ какимъ крайностямъ отрицанія не только церковныхъ догмъ и общихъ началъ государственнаго быта, но и прямо земного существованія человѣка приводили эти ученія, объ этомъ мы находимъ ужасающія свидѣтельства въ памятникахъ нашего законодательства. Для примѣра достаточно взять случай, происшедшій недалеко отъ Петербурга, въ началѣ царствованія Екатерины, въ 1764 г., когда 18 человѣкъ раскольниковъ обоего пола, Новгородской епархіи, Обонежской пятины, собрались въ ночь на 13-е декабря въ избу для самосожженія и 21-го ночью сгорѣли, что побудило правительство, въ виду повторенія такихъ явленій, принять общія мѣры для ихъ предупрежденія (П. С. З., № 12326, ср. еще Выс. утвержд. докладъ воин. ком., тамъ же, № 12422,.... дабы оные лѣсные жители въ скитахъ и кельяхъ ни подъ какимъ видомъ *бѣглыхъ крестьянъ и всякаго званія людей* въ расколъ принимать не осмѣливались, *также чтобъ не жглися*,—прибавляетъ собственноручно императрица Екатерина). Многочисленныя послѣдующія политическія, административныя, карательныя и просвѣтительныя мѣры, принимавшіяся правительствомъ для устраненія разныхъ толковъ, не имѣютъ прямого отношенія къ занимающему насъ вопросу. Изъ нѣкоторыхъ публикуемыхъ правит. сенатомъ кассаціонныхъ рѣшеній ясно, что по отношенію къ раскольникамъ принимались въ старое время негласныя мѣры, которыя дѣлаютъ нынѣ вопросъ о гражданской правоспособности членовъ этихъ общинъ и семей часто очень сомнительнымъ. Отвергая всѣ бытовыя начала этихъ людей, государство, вмѣстѣ съ этимъ, лишало себя возможности постояннаго и правильнаго вѣдѣнія значительной части коренного русскаго населенія.

Только въ эпоху реформъ прошлаго царствованія вопросъ сталъ совершенно иначе. По духу этихъ реформъ *элементы права частнаго должны придти* для любого круга лицъ въ болѣе или менѣе *полному обособленію отъ прежнихъ*, стѣснительныхъ для развитія личности, историческихъ *формъ союзнаго быта*. Все населеніе, независимо отъ принадлежности къ разнымъ сословіямъ и исповѣданіямъ, должно быть поставлено къ прямое и непосредственное отношеніе къ государству и къ органамъ его правосудія. Вмѣстѣ съ этимъ *утрачиваются* для отдѣльныхъ лицъ многія *побужденія скрываться отъ органовъ власти*. При этихъ

условіяхъ способы удостовѣрять личную правоспособность, и именно кардинальные, опредѣляющіе ее моменты, рожденіе, вступленіе въ супружество, смерть, должны получить иной характеръ, чѣмъ прежде. Дѣйствительно, этотъ новый характеръ именно актовъ гражданскаго состоянія успѣлъ уже опредѣлиться, и первоначально, какъ исключеніе изъ общаго исповѣднаго порядка веденія метрикъ, для раскольниковъ. Тамъ, гдѣ іерархія отклоняющагося исповѣданія не признана, рядомъ законодательныхъ актовъ, начиная съ 1874 года, указанъ *способъ веденія этихъ актовъ*, тоже названныхъ метриками, *посредствомъ органовъ власти государственной*, а не церковной. Это волостныя, уѣздныя, городскія мѣстныя полицейскія управленія, надзоръ за дѣйствіями коихъ, черезъ губернскія правленія, сосредоточивается въ мин. внутр. дѣлъ (ст. 931 и слѣд. т. IX и ст. 950 и слѣд.; жалобы въ 1-й деп. правит. сената, т. 1 учр. сената, ст. 19, 22 ч.). Заявленія о рожденіи, для записи, дѣлаются родителями и тѣми, кому они поручатъ, а также принявшими новорожденнаго на воспитаніе. Дѣйствительность происхожденія дѣтей отъ брака раскольниковъ, равно какъ и правильность заявленія о времени рожденія должны быть подтверждены *показаніями не менѣе 2-хъ свидѣтелей*. По истеченіи года со дня рожденія запись не можетъ быть произведена, а законность рожденія имѣетъ быть доказываема судомъ (ст. 953 т. IX). Для записи браковъ „предшествовавшее записи брака исполненіе соблюдаемыхъ между раскольниками брачныхъ обрядовъ вѣдѣнію полицейскихъ чиновъ при семъ не подлежитъ“ (тамъ же ст. 947—948). Законъ указываетъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, различныя мѣры для устраненія записи такихъ браковъ, которые, независимо отъ исповѣдныхъ особенностей, противорѣчатъ христіанскимъ воззрѣніямъ на существо этого союза (подробности тамъ же, т. IX изд. 99 г. ст. 941). Запись о смерти отнесена здѣсь не къ моменту погребенія, а къ самому событію (ст. 954 тамъ же).

Если вопросъ о гражданскомъ состояніи раскольника относится къ эпохѣ предшествовавшей 19 апр. 1874 г., то законодатель указываетъ другіе источники, кромѣ метрики, для удостовѣренія опредѣляющихъ гражданскія состоянія событій (особенно рижскія сказки, см. т. X ч. 1 ст. 78 примѣч.).

Согласно позднѣйшему развитію законодательства, метрическія записи браковъ, рожденія и смертей ведутся мѣстными гражданскими властями и для баптистовъ (т. IX ст. 955).

Есть рядъ случаевъ, гдѣ событія рожденія и смерти удостовѣряются иначе, смотря по вѣдомству, въ коемъ состоятъ роди-

тели (особ. метрич. книги по воен. вѣдомству, см. т. IX, ст 922 и слѣд., для ссыльныхъ тамъ же, 927, 928) или по мѣсту, гдѣ произошло событіе (на мореход. судахъ 929; удостовѣреніе чрезъ консуловъ, см. Уст. конс. и т. IX ст. 930).

Изъ сдѣланныхъ нами краткихъ указаній легко придти къ заключенію, какою сложностью отличается у насъ этотъ порядокъ веденія метрикъ. Трудно найти какой-нибудь отдѣлъ законодательства, который такъ или иначе не касался бы этого вопроса. Всего менѣе онъ обработанъ въ составѣ X т. ч. 1, въ закон. гражд. По способу веденія книгъ самая задача можетъ казаться вовсе не связанной именно съ правомъ гражданскимъ. Это имѣетъ свое историческое объясненіе. Но въ теперешнемъ состояніи русскаго права это анахронизмъ, утрачивающій съ каждымъ годомъ связь съ явленіями современнаго русскаго гражданскаго права. Нѣтъ сомнѣнія, что этотъ порядокъ веденія актовъ гражданскаго состоянія имѣетъ скоро стать на очередь вопросовъ подлежащихъ такой законодательной переработкѣ, которая привела бы это важное условіе извѣстности гражданскихъ правъ въ большее *соотвѣтствіе съ нынѣшнимъ состояніемъ общей гражданской правоспособности людей*, уже признанной въ принципѣ нашимъ законодательствомъ.

Указанными здѣсь многообразными и въ то же время недостаточными положеніями далеко не исчерпывается задача, которая должна быть поставлена государствомъ, ищущимъ дѣйствительнаго огражденія цивильной правоспособности всѣхъ гражданъ.

На восточныхъ нашихъ окраинахъ имѣются массы населенія, которое въ своемъ бытѣ или вовсе не носитъ признаковъ европейской культуры, или имѣетъ ихъ въ самой слабой степени. Въ этихъ условіяхъ тамъ не можетъ быть ни потребности, ни средствъ правильнаго веденія актовъ состоянія. Законодатель не только не спѣшитъ обособить въ инородческомъ населеніи отдѣльное лицо изъ сложившихся племенныхъ формъ быта, но, какъ увидимъ позже, *ограждаетъ отдѣльныхъ людей*, хотя и взрослыхъ, *отъ неудобствъ пользованія гражданской свободой при недостаткѣ зрѣлости сужденія и характера* [1]). Положенія законодательства для калмыковъ, инородцевъ Восточной Сибири, для Туркестанскаго края вошли въ общій сводъ [2]). Послѣднее представляетъ

[1]) Для примѣра см. Положеніе объ инородцахъ (Разд. I, Сибирскихъ, ст. 32, 33, Разд. II, арханг. Самоѣдовъ, ст. 299 и слѣд., а также прим. ст. 38).

[2]) Положеніе объ управленіи Туркестанскаго края напечатано въ №№ Правител. Вѣстника 204—207 за 1886 г. и приведено въ дѣйствіе съ 1 января 1887 г. Это Положеніе, также какъ и Положеніе объ управленіи областей Акмолинской и друг., учрежденіе сибирское, положеніе объ инородцахъ вхо-

собою обширно развитой законодательный актъ, въ коемъ начала общаго права приведены въ сочетаніе съ нормами племенного быта.

Интереса при изученіи *русскаго гражданскаго права* эти акты не представляютъ, но они очень любопытны, во-1-хъ, какъ свидѣтельства быта нашихъ восточныхъ окраинъ, во-2-хъ, и особенно послѣдній актъ, какъ попытка примѣнать къ быту даже кочевыхъ инородцевъ многія формы управленія и суда, не только уголовнаго, но и гражданскаго, выработанныя жизнью культурныхъ народовъ.

По отношенію къ калмыкамъ законодатель подчиняетъ *дѣла брачныя правиламъ буддійскаго исповѣданія* и окончательнымъ рѣшеніямъ ламы; а для вопроса о правѣ дѣтей на имущества и воспитаніе указываетъ свѣтскую юрисдикцію улусскаго зарго. Нынѣ эта свѣтская юрисдикція ограничена введенными въ Ставропольской губерніи судебными установленіями (т. XI, ч. 1 уст. иностр. исповѣд. ст. 1673, 1674 и слѣд.).

Та же *подсудность буддійской іерархіи имѣетъ мѣсто и для другихъ кочевыхъ инородцевъ Восточной Сибири*, но въ дѣлахъ брачныхъ русскій законодатель допускаетъ самое сильное вліяніе родовыхъ управленій. Въ указанномъ выше обширномъ законодательномъ актѣ (Полож. объ управл. Туркестанскаго края 12 іюня 1886 г.) для осѣдлаго туземнаго населенія обязанность слѣдить *за убылью и прибылью этого населенія возложена на волостного управителя* (волость состоитъ изъ нѣсколькихъ сельскихъ обществъ, у туземцевъ—аксакальствъ, для кочевого населенія составъ аульнаго общества и волости опредѣляется кибитками, 200 и 2000 кибитокъ, а кибитка — отдѣльное, конечно, временное жилище, юрта, сакля, землянка или домъ). См. ст. 99, 108, 109, указ. Положенія. Судебныя установленія дѣйствуютъ или на основаніи общихъ законовъ Имперіи, или, для туземцевъ въ особенности, организована дѣятельность судовъ народныхъ. Народные суды разрѣшаютъ подсудныя имъ дѣла на основаніи обычаевъ, существующихъ въ той или другой части туземнаго населенія.

Тамъ, гдѣ сталкиваются не только разныя племенныя, но въ то же время и различныя исповѣдныя группы, включая и язычество, законодательство выработало тоже и въ этомъ смыслѣ нормы примиряющія обще-государственныя начала съ особыми

дятъ нынѣ въ составъ II т. Св. Зак. Эти Положенія вошли уже въ предпринятое товариществомъ „Обществен. Польза“ изданіе Св. Зак. въ одной книгѣ (вып. 2-й) подъ редакціей Волкова и Филиппова (теперь 3-е изд.).

бытовыми условіями этихъ группъ (см. Уст. иностр. испов., т. XI ч. 1, ст. 1697—1702).

Несомнѣнно, что тѣ явленія быта, съ коими мы встрѣчаемся въ сводѣ степныхъ законовъ, составляютъ, въ смыслѣ культурномъ, формы, обращенныя къ очень отдаленному прошлому. Въ нихъ всего менѣе гарантій личности и гражданскихъ правъ отдѣльнаго человѣка. Образцы формъ, ближе достигающихъ этихъ цѣлей, мы видѣли, говоря объ актахъ состоянія по общему своду. Но и тутъ много нерасчлененнаго, непринаровленнаго къ этимъ именно цѣлямъ. Ближе къ этимъ цѣлямъ подходитъ порядокъ веденія актовъ гражданскаго состоянія въ Царствѣ Польскомъ. Вы находите въ современномъ положеніи тамошняго права почти тоже, что нашли бы въ нѣмецкихъ земляхъ, гдѣ дѣйствовалъ порядокъ Code Napoléon, впослѣдствіи видоизмѣненный возобновленіемъ записей прежняго исповѣднаго характера и участіемъ духовенства. При этомъ, однако, то, что заключалъ въ себѣ Code въ смыслѣ точности записей, развитости ихъ содержанія, различныхъ условій, гарантирующихъ ихъ достовѣрность, было тщательно сохранено [1]). Позднѣйшее движеніе русскаго законодательства въ этой окраинѣ не могло внести въ дѣло той простоты и цѣлесообразности, какая желательна и которая достигнута въ Германіи закономъ 1875 года, ибо, какъ было видно выше, этихъ свойствъ не имѣетъ отечественный способъ веденія записей.

§ 17.

Nasciturus въ старомъ правѣ. — „Неродившіяся дѣти“ нашего т. X ч. I.—Рожденіе живымъ.—Доказанность.—Своевременность рожденія. — Жизнеспособность.—Образъ человѣка.—Вѣроятная продолжительность жизни.—Прекращеніе личности.—Présomption de survie. — Безвѣстное отсутствіе. — Имперскій Код. 96 г. — Смерть гражданская.

Рожденіемъ и смертью установляются предѣлы гражданской правоспособности отдѣльныхъ людей. Извѣстность этихъ предѣловъ необходима не только для огражденія интересовъ самихъ

[1]) Для ознакомленія на русскомъ языкѣ съ этимъ порядкомъ можетъ служить Сборникъ проф. Малышева указан. выше, стр. 132 и слѣд., а также весьма доступный по цѣнѣ переводъ гражд. законовъ дѣйствующихъ въ Царствѣ Польскомъ, изд. канд. правъ С. Шиферомъ. Обстоятельное изложеніе такого важнаго института, конечно, невозможно безъ связи со всей системой дѣйствующаго въ данной территоріи матеріальнаго и процессуальнаго гражданскаго права. — Тоже надлежитъ сказать и объ Остзейск. краѣ, гдѣ съ 1888 года произведены важныя въ порядкѣ веденія метрикъ измѣненія въ связи съ вводимымъ тамъ нынѣ преобразованіемъ Полиціи.

субъектовъ, но и въ общихъ цѣляхъ постояннаго и правильнаго обмѣна юридическихъ отношеній. Въ виду этого цивильная юриспруденція, въ особенности римская, подробно разрабатываетъ цѣлый рядъ детальныхъ вопросовъ по этимъ кардинальнымъ пунктамъ опредѣляющимъ правоспособность отдѣльнаго чѣловѣка. Въ новыхъ кодексахъ цивилистическая разработка этого предмета тѣсно связана съ римскими традиціями. У насъ въ т. X и въ указан. выше полож. объ актахъ состоянія въ IX т. найдется такъ же мало отвѣтовъ на сомнѣнія практики, какъ и въ другихъ сборникахъ чисто позитивнаго содержанія.

Вопросы, важные для точнаго разумѣнія начальнаго, и конечнаго моментовъ правоспособности отдѣльнаго человѣка, суть слѣдующіе: I. Какъ въ цивильномъ смыслѣ опредѣлить состояніе человѣка въ моменты, предшествующіе отдѣленію отъ утробы матери? II. Какіе признаки рожденія нужны для того, чтобы наличность правоспособнаго субъекта не возбуждала сомнѣній? III. Вѣроятная продолжительность жизни? IV. Прекращеніе личности отдѣльнаго человѣка. А. Вѣроятная послѣдовательность смертей, когда достовѣрности достигнуть нельзя? В. Вѣроятность смерти, когда трудно предположить продолженіе жизни (безвѣстно-отсутствующаго).

I. Какъ разсматривается состояніе, предшествующее рожденію, зачаточное, именно съ точки зрѣнія цивильной, для занимающаго насъ вопроса о начальномъ моментѣ личнаго существованія? Мы ставимъ такимъ образомъ вопросъ этотъ отдѣльно отъ другого, о мѣрахъ охраненія плода, составляющаго предметъ иныхъ, частью тоже юридическихъ дисциплинъ. Имѣемъ ли мы уже въ этой фазѣ развитія организма дѣло съ личностью или нѣтъ? Опредѣлившіяся достаточно мнѣнія римскихъ юрисконсультовъ, принятыя нынѣ западными цивилистами, даютъ намъ отвѣтъ отрицательный. Согласно этимъ воззрѣніямъ, embryo, какова бы ни была степень зрѣлости плода, не можетъ быть разсматриваемъ какъ отдѣльно правоспособный субъектъ. Однако, предшествующее отдѣленію отъ матери *зародышное состояніе* человѣка, *эвентуально, не есть безразличное для цивильнаго права.* Если за беременностью послѣдуетъ рожденіе младенца живымъ, тогда и предшествующее состояніе окажется для вопросовъ права не безразличнымъ. Пріобрѣтеніе имъ права будетъ условливаться моментами, предшествующими его рожденію. Съ этимъ эвентуалитетомъ, стало быть, nasciturus разсматривается какъ бы уже рожденнай (jam natus); но только въ этомъ смыслѣ и въ этихъ предѣлахъ. Практическія послѣдствія могутъ имѣть большой интересъ для права.

Французская практика допускаетъ въ отношеніи къ enfant naturel, къ рожденію внѣбрачному, *признаніе* (reconnaissance) со стороны отца въ моментъ предшествующей рожденію, ст. б. *въ періодѣ беременности* (Planiol n° 2863 указ. практику).

Это состояніе не есть рѣшительное, опредѣляющее, а только экспектативное, выжидательное, и если ожиданія не приведутъ къ цѣли, то вполнѣ безразличное для права. Выкидышъ не вліяетъ ни на какія правоотношенія, какія бы ожиданія ни предшествовали этому результату. Въ подлинномъ, опредѣляющемъ правоотношенія, смыслѣ, embryo въ этомъ случаѣ никогда не былъ субъектомъ правъ.

Нашъ цивилистъ Д. И. Мейеръ держится близкихъ къ этому воззрѣній, указывая въ подтвержденіе ихъ въ особенности ст. 1106 X т., ч. 1. Эта статья говоритъ. Отъ права наслѣдованія не устраняются:.... 1) *дѣти*, хотя бы оныя *не были еще рождены* (до рожденія это, конечно, *не дѣти*) [1]), но токмо зачаты при жизни отца [2]). Это частный случай наслѣдованія послѣрожденнаго (posthumus), дающій слабое освѣщеніе занимающему насъ вопросу. Много содержательнѣе боярскій приговоръ, помѣченный думнымъ дьякомъ, П. С. З., № 14 (6-го іюня, 1649 г.), который легъ въ основу указаннаго положенія ст. 1106. Изъ него видно, что, при неизвѣстности исхода беременности, въ классѣ помѣстномъ, беременная вдова получала долю „на беремя“ противу дочерей умершаго, получившихъ изъ помѣстья долю „на прожитокъ“, а остальное шло въ родъ. Указаннымъ боярскимъ приговоромъ опредѣлено „будетъ даны такія помѣстья дачи небольшія, а послѣ родится сынъ, и тѣ помѣстья изъ дачи *поворотить* и справить за сыномъ. А будетъ дачи большія, и о таковыхъ дѣлахъ докладывать государю“.... [3]). Приговоръ боярскій неизмѣримо содержательнѣе статьи 1106, ибо въ немъ ясно различено состояніе выжидательное для вопроса о правахъ „беремени“ и смѣна его состояніемъ правоспособности родившагося. На основаніи этого приговора боярскаго можно безошибочно

---

[1]) Non est pupillus qui in utero est l. 161 D. de V. S. (Ульпіанъ).

[2]) Въ касс. практ. см. за 1873 г. № 1531.

[3]) Очевидно, и здѣсь сказался специфическій взглядъ на личность, тѣсно связанный съ вопросомъ службы и оклада. Въ силу этого по вопросу „интересному“, т.-е. связанному съ *интересомъ* казны, презумція идетъ въ пользу рожденія дочери, а если сына, то *непремѣнно одного*; между тѣмъ *чисто-гражданская презумція* склоняется, какъ извѣстно, къ рожденію *тройни*. L. 3 D. si pars hered. pet. V. 4 (Юлій Павелъ): prudentissime juris auctores medietatem quandam secuti sunt, ut *quod fieri non rarum admodum potest*, intuerentur, id est quia fieri poterat, *ut trigemini nascerentur*, quartam partem superstiti filio assignaverint. Мѣсто надо взять въ цѣломъ по достоинству метода построенія отвѣта.

утверждать, что до рожденія nasciturus не разсматривается какъ особо-правоспособный субъектъ, какъ лицо; рожденіе же живого человѣка опредѣляетъ окончательно его отдѣльную правоспособность, личность, съ отнесеніемъ условій пріобрѣтенія имъ правъ къ моменту, предшествующему его рожденію (онъ пріобрѣтаетъ впослѣдствіи права такъ, какъ пріобрѣлъ бы, если бы былъ рожденъ уже въ ту пору).

Германское уложеніе 96 г. признаетъ силу договоровъ въ пользу 3-го, когда такимъ 3-мъ будетъ nasciturus (§ 331, 2-й абзацъ). Новые кодексы допускаютъ *попечителя* къ ожидаемому рожденію (§ 1912, тамъ же), но это не означаетъ еще признанія юрид. силы актовъ пріобрѣтенія, напр., купли совершенной для имѣющаго родиться.

II. Какіе *признаки рожденія* необходимы, чтобъ опредѣлить отдѣльную правоспособность рожденнаго (status nativitatis)?

A. Не возбуждаетъ сомнѣній ни въ римскомъ, ни въ современномъ правѣ требованіе, *чтобы отдѣлившійся отъ утробы* матери младенецъ *былъ живымъ*. Отдѣльная личность не признается существовавшею, если между рожденіемъ и смертью нельзя установить никакого промежутка времени, хотя бы самаго краткаго, для внѣутробной жизни, если родившійся есть мертворожденный. Событія такихъ родовъ остаются безъ всякихъ послѣдствій для цивильныхъ правоотношеній. Несомнѣнно, что рождаемые безъ признаковъ жизни могутъ, въ отдѣльныхъ случаяхъ, искусственно быть призваны къ жизни и продолжать существованіе, какъ и рожденные живыми. Тогда, натурально, состояніе младенца въ минуту отдѣленія отъ матери остается безъ послѣдствій. Такимъ образомъ, чтобъ получилась отдѣльная правоспособность, необходима жизнь родившагося, хотя бы самая непродолжительная, внѣ утробы матери. Это реквизитъ общій для нашего права и для любой европейской системы (см. выше, въ актахъ состоянія, отмѣтки мертворожденности еще въ петровскихъ формулярахъ для метрикъ).

B. Больше сомнѣній возбуждаетъ вопросъ о признакахъ рожденія человѣка живымъ и о *доказываніи на судѣ этого* важнаго *момента*. Контроверза существовала еще въ римской юриспруденціи, гдѣ прокулянцы считали непремѣннымъ признакомъ живого рожденія *крикъ* новорожденнаго, который, правда, обыкновенно сопровождаетъ появленіе на свѣтъ развившагося младенца, но котораго нельзя разсматривать какъ необходимый признакъ живого рожденія. Сабиніанцы были противъ этого мнѣнія, и Юстиніанъ принялъ ихъ ученіе. Любопытно, что въ новое время

контроверза возобновляется въ разныхъ нѣмецкихъ системахъ. Въ саксонской группѣ источниковъ германскаго права повторяется требованіе прокулянцевъ, чтобъ новорожденный огласилъ четыре стѣны дома своимъ крикомъ (das Beschreien der vier Wände des Hauses); въ другихъ группахъ почитается достаточнымъ признакомъ жизни раскрытіе глазъ. Несомнѣнно, что такіе критеріи для опредѣленія свойствъ рожденія живого могли имѣть смыслъ при господствѣ способа доказывать черезъ свидѣтелей. Это — признаки, которые и нынѣ могутъ, въ массѣ случаевъ, особенно въ простонародьи, быть единственными удобопримѣнимыми въ практикѣ. Въ современныхъ кодексахъ, однако, мы не находимъ такого ограниченія признаковъ живого рожденія, и съ этимъ вмѣстѣ вопросъ о доказанности событія становится весьма контроверзнымъ.

Рядъ современныхъ кодексовъ ищетъ выхода изъ затрудненій, встрѣчаемыхъ практикой, слѣдующимъ способомъ. Если роды отъ здоровой матери суть современные, и плодъ, стало быть, достаточно развитъ, тогда презумируется рожденіе живымъ (австр. и сакс. код.). Презумція, натурально, не исключаетъ *доказыванія на судѣ* противнаго. Средства доказывать какъ живо- такъ и мертворожденность ничѣмъ не ограничены, никакими обязательными признаками, хотя прусскій ландрехтъ удерживаетъ крикъ ребенка, какъ наиболѣе надежный и обыденный признакъ живого рожденія.

Если событіе рожденія младенца занесено въ акты гражданскаго состоянія, то для доказательства рожденія живымъ достаточно ссылки на эти акты, хотя, опять, такая ссылка не исключаетъ возможности противудоказыванья въ случаѣ, напр., подлога.

С. Мы видѣли сейчасъ, что нѣкоторые признаки родовъ (своевременность) служатъ основой для предположенія живого рожденія. Есть, несомнѣнно, физіологически извѣстный предѣлъ, ранѣе котораго выдѣленіе плода даетъ необходимо выкидышъ (abortus), а не жизнеспособнаго младенца. Юриспруденція, частью уже римская, стремилась широко воспользоваться для своихъ цѣлей,—извѣстности и постоянства признаковъ рожденія,—этими физіологическими данными, чтобы точнѣе опредѣлить моменты возникновенія отдѣльной личности. Въ этихъ же видахъ ставятъ нынѣ, кромѣ указанныхъ требованій, еще реквизитъ для правоспособности новорожденнаго—его *жизнеспособность*. Контроверза по этому вопросу для права римскаго представляется весьма любопытной. Савиньи не находилъ въ римскомъ правѣ именно выраженнаго реквизита жизнеспособности (Lebensfähigkeit, Vitali-

tät) для опредѣленія правоспособности родившагося живымъ. Вехтеръ, ближе къ буквѣ толкуя подходящія мѣста источниковъ, полагаетъ, что для правоспособности требуется отдѣленіе не только живого младенца, но и зрѣлаго, доношеннаго, что-де и указываетъ на реквизитъ жизнеспособности. Рожденіе, наступившее 6 мѣсяцевъ послѣ зачатія—жизнеспособно, раньше—нѣтъ, хотя бы ребенокъ и жилъ короткое время послѣ рожденія. Такъ думаетъ Вехтеръ, основываясь на точномъ смыслѣ текстовъ; иначе Савинья. Мысль Савиньи долгое время господствовала въ практикѣ; это легче всего объяснить себѣ сравнительнымъ удобствомъ судить о правоспособности родившагося по одному признаку рожденія живымъ, чѣмъ по этимъ двумъ критеріямъ, рожденія живымъ и сверхъ того *рожденія своевременнаго послѣ зачатія*, тѣмъ болѣе, что послѣдній моментъ часто совсѣмъ нельзя установить съ точностью.

Если этому реквизиту (Vitalität) даютъ этотъ тѣсный смыслъ (собственно perfecte natus, въ противоположность съ abortus), то различіе мнѣній не ведетъ къ серьезнымъ недоумѣніямъ для практики. Но ему даютъ еще другой, болѣе широкій смыслъ, рожденія не только живого и своевременнаго, но еще и вообще *надежнаго для продолженія жизни* (vitae habilis). Старое германское право показываетъ несомнѣнные признаки существовавшаго въ народномъ сознаніи взгляда, что одно событіе рожденія младенца еще ничего не рѣшаетъ окончательно въ вопросахъ семейно-имущественныхъ распорядковъ. По вестготскому праву вліяніе на отношенія по наслѣдованію новорожденный оказывалъ только тогда, когда онъ *прожилъ 10 дней и былъ окрещенъ*. По Саксонскому Зерцалу, въ такой же связи выражается требованіе, чтобы новорожденный былъ lifhaftich (né viable способенъ жить). Испанскій кодексъ разсматриваетъ какъ личность въ цивильномъ смыслѣ человѣка, прожившаго 24 часа послѣ полнаго отдѣленія отъ утробы матери [1]).

Несомнѣнно, что повсюду, гдѣ *исповѣдный моментъ* имѣлъ значительное вліяніе на правоспособность, одно рожденіе, не освященное еще пріобщеніемъ новорожденнаго къ тому или другому церковному союзу, не рѣшало ничего въ вопросахъ правоспособности.

Любопытно, что это старинное требованіе рожденія не только живымъ, но и *жизнеспособнымъ*, удержалось въ одномъ изъ передовыхъ нынѣшнихъ кодексовъ, въ Code civil, а оттуда, вмѣстѣ

[1]) См. Code espagnol (24 іюля 1889 г.), art. 30 (переводъ на французск. A. Levé).

съ заимствованіемъ Code'a, перешло въ Польшу. Оно удержалось у французовъ не въ видѣ общаго реквизита для правоспособности человѣка, а въ нѣкоторыхъ спеціальныхъ примѣненіяхъ къ вопросу о признаніи законности рожденія (art. 314 n. 3) и въ особенности къ праву наслѣдованія (art. 725): sont incapables de succéder: a) celui qui n'est pas conçu, и b) l'enfant qui n'est pas né viable... Нашъ кодексъ не знаетъ этого реквизита.

D. Сверхъ указанныхъ требованій, въ разное время мы встрѣчаемся съ требованіемъ отъ рождаемаго *образа человѣческаго*, какъ условія правоспособности. Но какимъ долженъ быть образъ человѣка, и гдѣ начинается безобразіе, уродство, препятствующее признать рожденнаго за человѣческое существо, объ этомъ ни въ старыхъ, ни въ новыхъ кодексахъ мы не найдемъ ничего опредѣленнаго. Здѣсь широкое поле для суевѣрій всякаго рода [1]). Римскіе юристы допускали очень значительныя уклоненія отъ правильнаго образованія человѣческаго тѣла безъ всякихъ послѣдствій для правоспособности. Различеніе монстрозныхъ рожденій всегда интересовало больше криминалистовъ со стороны безнаказанности ихъ истребленія. Изъ нынѣшнихъ кодексовъ прусскій отвергаетъ семейныя и гражданскія права за рожденіями, не имѣющими menschliche Form und Bildung, но не отказываетъ имъ въ общихъ правахъ человѣческихъ (allgemeine Rechte der Menschheit, I. 1, §§ 17, 18; тоже для ungeborene Kinder, тамъ же, § 10). Новый Саксонск. гражд. законникъ § 33 распространяетъ на рожденія, настолько отклоняющіяся отъ образа человѣка, что ихъ нельзя признать за людей, положенія для мертворожденныхъ. Испанскій код. въ указан. выше art. 30 требуетъ для признанія за родившимся личности въ цивильн. смыслѣ—человѣческаго образа (forme humaine) и 24 часовъ внѣутробной жизни (см. тамъ же).

Въ одномъ указѣ Петра находимъ укоры вѣрованіямъ, что уроды родятся чрезъ вѣдовство и порчу отъ дѣйства дьявольскаго, чему быть невозможно, ибо единъ Богъ творецъ всея твари, а не діаволъ. Если же найдутся гдѣ диковины въ породѣ человѣчей, звѣрской и птичьей, то предписывается таковыхъ доставлять начальству. Показаны въ видѣ примѣра младенцы о двухъ головахъ и сросшіеся тѣлами, которые уже были доставлены согласно прежнимъ указамъ. *За живыхъ человѣческихъ уродовъ*

---

[1]) Въ русскихъ лѣтописяхъ постоянно встрѣчаются замѣтки лѣтописцевъ объ уродливыхъ рожденіяхъ, какъ угрожающихъ людямъ предзнаменованіяхъ. Въ основѣ, конечно, лежитъ вѣра, что такое нарушеніе законовъ міротворенія не обходится безъ вмѣшательства *нечистой силы*.

обѣщано 100 рублей, а ежели гораздо чудное встрѣтится, то дадутъ и болѣе. О положеніи такихъ уродовъ въ правѣ этотъ указъ не говоритъ ничего (П. С. З. № 3159); но въ болѣе раннемъ указѣ запрещено убивать младенцевъ, рождающихся *особымъ нѣкакимъ видомъ, или несущественнымъ образомъ, или какимъ чудомъ* (№ 1964). Теперешнее наше гражданское право тоже не касается вопроса. Юридическая практика отклоняетъ отъ себя вовсе рѣшеніе вопроса о нормальномъ человѣческомъ образѣ, какъ условіи правоспособности, и руководится въ этомъ отношеніи исключительно данными физіологіи и медицины, которыя не допускаютъ рожденія отъ человѣка не людей.

III. Мы уже частью выше видѣли, что для юриспруденціи важно указать не только предѣльный моментъ жизни человѣка (начало ея), но также опредѣлить свойство жизнеспособности новорожденнаго, стало быть, его силъ продолжать жизнь внѣ утробы матери. Это собственно былъ *частный случай* рѣшенія *общаго вопроса о вѣроятной продолжительности жизни человѣка*, и мы лишь брали его въ спеціальномъ приложеніи къ только что родившемуся, иногда даже недоношенному ребенку. Въ этихъ случаяхъ всегда нужно индивидуальное изслѣдованіе даннаго субъекта. *Вопросъ о вѣроятной продолжительности жизни существуетъ въ юриспруденціи не въ этомъ только тѣсномъ примѣненіи.* Та же проблема встрѣчается тамъ, гдѣ нужно отвѣтить на вопросъ, продолжаетъ ли еще жить *безъ вѣсти пропавшій*. И такъ, тутъ рѣчь будетъ о вѣроятномъ предѣлѣ жизни въ смыслѣ ея окончанія (Имп. код. 96 г. ст. 14). Съ этимъ вопросомъ мы сейчасъ встрѣтимся. Независимо отъ этихъ двухъ вопросовъ, жизнеспособности, длящейся или прекратившейся жизни безвѣстноотсутствующаго, для права можетъ быть важенъ вопросъ о вѣроятной продолжительности жизни людей вполнѣ жизнеспособныхъ и находящихся налицо.

Въ отдѣльныхъ случаяхъ вѣроятную продолжительность жизни устанавливаютъ для каждаго отдѣльнаго лица путемъ медицинскаго изслѣдованія его силъ и здоровья. Такъ, напр., въ сдѣлкахъ по страхованію жизни. Результатъ изысканій служитъ основой для опредѣленія отношеній сторонъ, установляемыхъ собственно договоромъ.

Но бываютъ случаи, когда для цѣлей опредѣленія юридическихъ отношеній внѣдоговорныхъ, надо имѣть *готовую норму* вѣроятной продолжительности жизни. Въ завѣщаніи назначены *годовыя выдачи лицу такого-то возраста*. Вопросъ въ томъ, насколько они умаляютъ составъ наслѣдственнаго имущества. Надо

вознаградить семью убитаго при эксплуатации какого либо предпріятія рабочаго-кормильца этой семьи (Остз. код. ст 4557). Въ обоихъ случаяхъ мы не получимъ *искомой суммы, не опредѣливъ* вѣроятной продолжительности жизни тамъ — легатарія, здѣсь потерпѣвшаго. Чтобъ найти эту сумму, возможно тоже индивидуальное изысканіе и опредѣленіе вѣроятной продолжительности жизни даннаго человѣка на этомъ основаніи. Методъ опредѣленія можетъ быть математическимъ, и точность изысканія будетъ зависѣть отъ количества данныхъ, принятыхъ во вниманіе при вычисленіи. Такое изысканіе хорошо само по себѣ, но оно очень сложно и въ примѣненіи къ судебнымъ цѣлямъ неудобно.

Менѣе совершенно вычисленіе вѣроятной продолжительности жизни *по одному признаку*, именно по возрасту даннаго лица, но зато оно имѣетъ для юриспруденціи преимущество извѣстности и удобопримѣнимости. Нѣкоторыя законодательства, слѣдуя этому методу, принимаютъ разъ навсегда данный шаблонъ для опредѣленія вѣроятной продолжительности жизни по признаку возраста. Таковы, напр., римское право и новое саксонское гражданское уложеніе. Римское право даетъ (для алиментовъ и узуфрукта въ особенности) такую скалу: при возрастѣ лица до 20 лѣтъ вѣроятная продолжительность его жизни еще на 30 лѣтъ, при возрастѣ 20—25 вѣроятная продолжительность жизни еще на 28 лѣтъ, отъ 25 до 30—25 л., отъ 30 до 35—22 г., 35 до 40—20 л., при возрастѣ отъ 40 до 50 предполагается, что человѣкъ проживетъ до 59 л., при возрастѣ отъ 50 до 55 еще на 9 лѣтъ, 55—60 на 7, послѣ 60 на 5 лѣтъ (l. 68 pr. D. ad leg. Falcidiam 35, 2). Это положеніе реципировано буквально въ Сводѣ гражд. узак. губ. Прибалт. ст. 2315. Сакс. гр. улож. въ § 35 даетъ другую скалу: при возрастѣ до 1 года вѣроятная продолжительность жизни еще на 35 л., до 2-хъ на 41, до 10 еще на 44, до 15 — на 41, до 20 еще на 38, до 25 еще 35 лѣтъ, до 30 еще на 32, до 35 на 28, до 40 на 25, до 43 еще на 22, до 50 на 19, до 55 на 16, до 60 на 13, до 65—10, 70—8, 75—6, 80—5, 85—4, 90—3, до 100—2, послѣ ста лѣтъ еще на 1 годъ. Наше законодательство не даетъ отвѣта на вопросъ, и мы можемъ, стало быть, безъ конца спорить о предѣлахъ точности при вычисленіи вѣроятной продолжительности жизни въ случаяхъ необходимости ея опредѣленія для гражданскихъ цѣлей. Эти скалы заключаютъ въ себѣ тотъ же элементъ произвольнаго, какъ и другія числовыя измѣренія въ правѣ, какъ опредѣленіе зрѣлости по годамъ, 7, 14, 21, или какъ постановка давностнаго срока, въ 3, 10, 20, 30 лѣтъ, но

въ нихъ есть и значительная доля приближенія къ истинѣ и, въ особенности, существенное для юридической нормы, начало предшествующей событію извѣстности, легкой распознаваемости и общности примѣненія.

IV. *Прекращеніе личности отдѣльнаго человѣка* связано съ наступленіемъ его смерти. Интересъ формальной извѣстности этого момента есть въ смыслѣ гражданскаго обмѣна такой же настоятельный какъ и для момента рожденія человѣка. Выше было показано, что дѣйствительное наступленіе смерти удостовѣряется метрическою записью, какъ и событіе рожденія (см. выше стр. 301). Въ нашей практикѣ такое удостовѣреніе пріурочено *къ обряду погребенія тѣла*, совершаемаго, по удостовѣреніи времени и причины смерти (у православныхъ дня, у лютеранъ дня и часа, а также и причины, у лютеранъ и рода смерти, ср. т. IX ст.ст. 861 и 904 и Прилож.; подробности для разныхъ группъ населенія въ этой же связи) приходскимъ духовенствомъ, съ записью *въ часть третью метрической книги* прихода за данный годъ.

Имѣющій удостовѣрить событіе смерти беретъ метрическое свидѣтельство изъ консисторіи, или же выпись слово въ слово изъ метрической книги отъ священника за подписью членовъ причта (тамъ же ст. 873, 874, 878).

Французское законодательство ставитъ задачу удостовѣренія въ ближайшую связь съ самымъ событіемъ смерти (décès), хотя и тамъ на практикѣ, въ общинахъ многолюдныхъ, средствомъ удостовѣренія событія смерти для officier de l'état civil служитъ нормально *медицинское удостовѣреніе врача*, а не повѣрка событія самимъ должностнымъ лицомъ на мѣстѣ (Planiol n° 535—537). При этомъ акты гражданскаго состоянія имѣютъ служить средствомъ удостовѣренія лишь событія смерти, а не обстоятельствъ такъ или иначе квалифицирующихъ его (казнь, смерть въ тюрьмѣ, самоубійство, см. Code civ, art. 85 и 79).

Въ отдѣльныхъ случаяхъ, натурально, событіе смерти и особенно мѣсто, время, когда наступила смерть, не можетъ быть удостовѣрено этимъ способомъ своевременной регистраціи, и тогда вопросъ подлежитъ особому судебному процессу изслѣдованія доказательствъ событія или опредѣленія момента смерти помощью презумпцій.

По отношенію къ такимъ возможнымъ осложненіямъ вопроса о прекратившемся существованіи человѣка современныя законодательства останавливаются на слѣдующихъ проблемахъ.

А. Вѣроятная *послѣдовательность смерти лицъ*, когда достовѣрно нельзя ее установить. Возможны случаи, гдѣ вопросъ о

правѣ лица находится въ самой тѣсной зависимости отъ точнаго рѣшенія другого вопроса, о послѣдовательности нѣсколькихъ событій, касающихъ разныхъ лицъ. Я пріобрѣтаю такія-то притязанія къ имуществу B, если B умеръ послѣ A. Я, заинтересованный, долженъ доказать эту послѣдовательность смертей, если хочу обосновать мои притязанія. Оба лица могли умереть при одномъ несчастномъ случаѣ, пожарѣ театра, землетрясеніи, крушеніи поѣзда, судна, взрывѣ и проч. Одинъ могъ, однако, пережить другого, и если это можетъ быть доказано, то *фактическая доказанность* послѣдовательности двухъ смертей даетъ основу для рѣшенія вопроса; иначе *предполагается* одновременность смерти — pariter mortui будутъ simul mortui (тоже въ Нѣм. К. 96 г. art 20). Вамъ извѣстно, однако, что, при извѣстной связи лицъ одновременно умершихъ и извѣстномъ ихъ возрастѣ, римское право допускало предположеніе, *презумцію предшествующей смерти одного изъ комморіентовъ*, хотя бы *доказать* послѣдовательность смертей не было никакой возможности. Цѣль очевидна. Неизвѣстность въ области цивильныхъ юридическихъ отношеній служитъ источникомъ неисчислимыхъ неудобствъ не только въ личномъ, но и въ соціальномъ смыслѣ. Если возможно, хотя бы съ нѣкоторою степенью приближенія къ истинѣ, устранить такую неизвѣстность, она должна быть устранена. Мастерской выходъ изъ крайне трудной проблемы одновременной смерти ascendent'a и descendent'a, зрѣлаго или малолѣтняго, въ римскомъ правѣ — вы знаете. (L. 9 § 1 и 4, l. 22, 23 D. de reb. dub. 34, 5).

Одинъ изъ современныхъ кодексовъ, Code civil, стремился расширить сферу примѣненія *презумцій* для такихъ же казусовъ, но, однако, такъ, что немногіе юрисконсульты находятъ это расширеніе удачнымъ. Римляне допускали предположеніе предшествующей смерти малолѣтняго *десцендента его же асценденту*, и такое же предположеніе предшествующей смерти асцендента совершеннолѣтнему десценденту, и въ этомъ, по простымъ соображеніямъ *относительной способности сопротивленія* этихъ лицъ, есть значительная мѣра внутренняго вѣроятія. Французы допускаютъ la présomption de survie по соображеніямъ прямо возраста погибшихъ, хотя они и *не связаны происхожденіемъ одного отъ другого*, а затѣмъ и ихъ пола. До 15-ти лѣтняго возраста старшій предполагается пережившимъ, послѣ 60-ти лѣтняго — младшій. Если одни моложе 15, другіе старше 60, то первые суть пережившіе. Въ возрастѣ отъ 15 до 60, при одинаковости его для 2-хъ лицъ, или при разницѣ меньше чѣмъ на одинъ

годъ, мужчина переживаетъ женщину. Произвольнаго здѣсь несомнѣнно больше, чѣмъ можно допустить, а вѣроятнаго меньше, чѣмъ слѣдуетъ. Лишь общее заключительное положеніе этой théorie des comourants не лишено цѣлесообразности, ибо для послѣдовательности смертей предписано держаться той презумціи, которая открываетъ преемство (собственно на это и разсчитана вся презумція), въ порядкѣ, соотвѣтствующемъ естественному (старый умираетъ прежде молодого, art. 720—722). Х т. этихъ проблемъ не рѣшаетъ.

В. Весьма нерѣдки въ практикѣ случаи, когда нельзя достовѣрно опредѣлить ни дѣйствительно послѣдовавшей смерти, ни времени, въ которое смерть послѣдовала, въ виду продолжительнаго безвѣстнаго отсутствія лица. Если возможно крайне тяжелое для юридическаго быта положеніе неизвѣстности рожденія лица, сокрытія, подлога въ этомъ начальномъ моментѣ правоспособности, и государство вынуждено принимать стѣснительныя для массъ мѣры опредѣленія извѣстности рожденій, то еще чаще возможны *исчезновенія лицъ*, невольныя и произвольныя, послѣдствіемъ коихъ бываетъ продолжительная неизвѣстность цивильныхъ правоотношеній безъ вѣсти пропавшаго. Мы сейчасъ допускали предположительное опредѣленіе момента смерти у комморіентовъ. Возможно ли, для выхода изъ трудностей, которыя даетъ намъ безвѣстное отсутствіе человѣка, допустить предположеніе длящейся его жизни или наступившей смерти? Степень неудобствъ, испытываемыхъ въ юридическомъ бытѣ отъ этой неизвѣстности тѣмъ значительнѣе, чѣмъ болѣе *личенъ* самый обмѣнъ цивильный.

Человѣкъ безвѣстно-отсутствующій состоитъ не только въ имущественныхъ, но въ семейныхъ и родственныхъ отношеніяхъ, которыя служатъ основой не только обладанію извѣстной наличностью, но и возможности пріобрѣтать вновь права, напр., чрезъ наслѣдованіе по закону. Что же, такая загадка, masque de fer, продолжаетъ быть супругомъ, отцомъ семейства, добрымъ родственникомъ, обладателемъ имуществъ, должникомъ, наслѣдникомъ? Современныя законодательства въ значительной степени самостоятельно, независимо отъ римскихъ традицій, нашли выходъ изъ этихъ трудностей, хотя путь, коему они слѣдуютъ, есть тоже методъ презумцій, наиболѣе удачно примѣнявшійся въ правѣ римскомъ. Лучшая ученая разработка вопроса принадлежитъ покойному берлинскому проф. Брунсу (Die Verschollenheit). Вопросъ относится къ числу весьма контроверзныхъ. Разработка его на западѣ любопытна и для русскаго не только потому, что без-

вѣстно-отсутствующіе составляютъ явленіе всеобщее, но и потому въ особенности, что въ послѣднихъ своихъ фазахъ русское законодательство значительно приблизилось къ одному изъ западныхъ законодательныхъ типовъ.

Свудость латинской традиціи въ этомъ вопросѣ (cura bonorum absentis) ставятъ въ связь съ господствующей у римлянъ *матеріальной* теоріей доказательствъ, а нынѣшній формализмъ доказыванья посредствомъ презумцій и признанія исчезнувшаго умершимъ силой судебнаго опредѣленія ставятъ въ связь съ общими основами средневѣкового процессуальнаго формализма, особенно съ формальной теоріей доказательствъ (см. Словарь Юрид. и Госуд. наукъ подъ редакц. А. Ф. Волкова и Ю. Д. Филиппова т. I, вып. II. Безвѣстное отсутствіе Ю. Гамбарова). Любопытно, что и современное англійское право не знаетъ *объявленія лица умершимъ*. Очевидно, практика можетъ ограничиваться или доказываньемъ смерти отсутствующаго въ каждомъ данномъ случаѣ безъ всякихъ общихъ легальныхъ правилъ, или, конечно, въ весьма рѣдкихъ случаяхъ, выжидательнымъ положеніемъ дѣла, которое въ теперешнихъ условіяхъ общенія и обмѣна вѣстей не можетъ быть продолжительнымъ.

Общая практика новаго права образовалась первоначально въ Италіи и имѣла въ основѣ не юридическій, а библейскій источникъ, именно псаломъ 90 (89), ст. 10, гдѣ псалмопѣвецъ принимаетъ 70-лѣтній возрастъ за обыденно-предѣльный для жизни человѣка. Юриспруденція того времени имѣла все основаніе построить на этомъ *предположеніе смерти безвѣстно отсутствующаго*. Но текстъ псалма вовсе не разсчитанъ на *юридическое примѣненіе* этой презумціи, потому, во-1-хъ, что продолжительность безвѣстнаго отсутствія и вѣроятіе возврата совершенно не одинаковы, при этомъ терминѣ, для пропавшихъ людей разнаго возраста, и во-2-хъ, потому, что пропадаютъ люди и перешедшіе за предѣлъ 70-лѣтняго возраста. Псаломъ послужилъ основой только для *презумціи смерти*. Практика юридическая, въ случаяхъ этого рода, выработала особый порядокъ вызова отсутствующаго и при неявкѣ *объявляла его умершимъ*.

Со временемъ, однако, уяснилась важность не только вопроса, живъ или умеръ пропавшій, но и двухъ другихъ, а) *въ какой моментъ онъ умеръ*, и b) достаточно ли предположенія смерти, или необходимо допустить *еще предположеніе, что до опредѣленнаго срока человѣкъ продолжалъ жить*. По отношенію къ вопросу а, практика раздѣлялась между двумя мнѣніями: 1) что наступленіе 70 лѣтъ составляетъ презумтивный моментъ

смерти, 2) что моментъ презумтивной смерти обосновывается не этимъ срокомъ, а опредѣленіемъ суда о примѣненіи презумціи къ данному случаю (Todeserklärung — этотъ актъ свойствененъ именно *нѣмецкой* практикѣ и удержанъ въ новомъ код. 96 г.). Преобладало первое мнѣніе. Что касается вопроса b, то предположеніе смерти въ срокъ такой то, казалось бы, само собою даетъ основу для *предположенія жизни до этого срока.* Но, въ случаяхъ открывающагося для безвѣстно-отсутствующаго наслѣдства, заинтересованный долженъ *обосновать судебное предположеніе длящейся жизни* противъ возможныхъ возраженій о вѣроятности смерти. Поэтому эта презумція и выдѣлялась какъ особая.

Главнѣйшее неудобство въ практикѣ условливалось не этой методой презумцій, а свойствомъ срока, непринаровленнаго къ различію возрастовъ безъ вѣсти пропадающихъ. При вяломъ средневѣковомъ обмѣнѣ это неудобство мало чувствовалось. Въ новое время законодательства измѣняютъ именно эту сторону дѣла. Прусскій ландрехтъ принялъ 10 лѣтъ отсутствія безъ вѣсти за достаточный срокъ для наступленія послѣдствій отсутствія. Счетъ идетъ, начиная съ исчезновенія или съ наступленія совершеннолѣтія пропавшему. При 65 годахъ вмѣсто 10 лѣтъ принимается 5-ти-лѣтній срокъ для тѣхъ же послѣдствій. У французовъ срокъ различенъ, смотря по условіямъ, отъ 4—10 лѣтъ. Пруссаки, какъ и саксонцы, сохраняютъ die Todeserklärung (см. Landr., II, I, § 665 и Sächs. Ges.—buch § 37 и слѣд.). Пруссаки считаютъ презумцію смерти наступившею послѣ вызововъ (Edictalladung), силой судебнаго опредѣленія, саксонцы — силой наступившаго срока. При семъ, въ вопросѣ о пріобрѣтеніи вновь доставшагося отсутствующему права прусск. право презумируетъ его прожившимъ 70, саксонское 90 лѣтъ. Близко къ этимъ основамъ и остзейскій сводъ (ср. ст. 524—528). По такъ назыв. *силезской* [1]) системѣ къ вопросу о презумтивной смерти примѣнялись общія положенія о давности, истекшей со времени позднѣйшихъ вѣстей (сперва 30, потомъ 10-лѣтней).

Въ вопросѣ о бракѣ прусск. ландр. допускаетъ вступленіе оставшагося въ новый бракъ, а если онъ не воспользовался этимъ, то оставляетъ старый бракъ въ силѣ (см. указ. § и слѣд.). Оригинально саксонское уложеніе. Оно требуетъ *присяги* оставшагося, что вѣстей о пропавшемъ нѣтъ, и допускаетъ новый бракъ

[1]) Это собственно австрійская провинція, оторванная отъ Австріи Фридрихомъ II; австрійск. кодексъ знаетъ тѣ же сроки (30 и 10 лѣтъ; подробности у Унгера. System § 27).

(§ 1708); если не вступилъ въ бракъ, то при возвратѣ пропадавшаго бракъ продолжается (1709). Въ случаѣ же вступленія оставшагося супруга въ другой бракъ и послѣдовавшаго возврата пропадавшаго саксонское право допускаетъ въ теченіе полугода обремененному такимъ образомъ двойными узами супругу потребовать расторженія второго брака (1710).

Во 2-й половинѣ истекшаго столѣтія замѣтно въ западныхъ системахъ стремленіе приблизить, въ опредѣленныхъ случаяхъ, общіе легальные термины предположительнаго наступленія смерти *къ дѣйствительнымъ событіямъ*, угрожавшимъ жизни безвѣстно-отсутствующихъ. Такъ *въ Австріи* законъ 16 февр. 1883 г., вызванный пожаромъ Рингтеатра въ Вѣнѣ (8 дек. 1881 г.), стоившимъ жизни множеству людей, трупы коихъ нельзя было опознать, допускаетъ *дожазываніе на судѣ* послѣдовавшей *при катастрофѣ* смерти извѣстныхъ лицъ независимо отъ общихъ сроковъ, допускающихъ только презумпцію смерти. Тоже видимъ *во Франціи*, гдѣ законъ 8 іюня 1893 г. видоизмѣнилъ рядъ статей кодекса (86 — 92), въ томъ же смыслѣ въ особенности a) когда находящійся на бортѣ судна утонулъ и трупъ не найденъ и b) когда жертвой катастрофы стало само судно съ экипажемъ и пассажирами. Въ 1-мъ случаѣ составляется протоколъ объ *исчезнувшемъ* лицѣ (procès-verbal de la disparition); во 2-мъ морской министръ назначаетъ слѣдствіе и объявляетъ о гибели судна и людей. То и другое представляется суду, и судъ констатируетъ смерть названныхъ лицъ. Это декларативное опредѣленіе суда служитъ основаніемъ для записи *событія смерти* въ реэстры гражданскаго состоянія лица (см. artt. 87 и 88 Code civ.) [1]).

Нѣмецкое Имперск. Гражд. Улож. 96 г. держится, съ одной стороны, *метода презумцій* и основаннаго на нихъ судебнаго объявленія безъ вѣсти пропавшаго умершимъ (Todeserklärung), съ другой, приходитъ къ судебному признанію послѣдовавшей, *въ извѣстныхъ условіяхъ*, *смерти лица*, о коемъ нѣтъ вѣстей. Для презумтивной смерти и Todeserklärung требуется возрастъ (не менѣе 31 г.) и 10 лѣтъ отсутствія безъ вѣстей; если же пропавшему 70 лѣтъ, то реквизитъ безвѣстности ограничивается 5-ю годами. Счетъ безвѣстнаго отсутствія идетъ съ послѣдняго дня того года, когда человѣкъ исчезъ.—Рядомъ съ

[1]) Критика находитъ законъ 93 г. вполнѣ цѣлесообразнымъ, укоряя законодателя лишь въ ограниченности его примѣненія и указывая для дальнѣйшей разработки этого закона итальянск. код., который исходя отъ стараго французск. права ушелъ въ своемъ развитіи далѣе закона 93 г.

этимъ идетъ, не особенно удачно разграниченный рядъ случаевъ безвѣстности связанныхъ съ особыми обстоятельствами. Тутъ впереди поставлено исчезновеніе лицъ, *участвующихъ* такъ или иначе *въ военныхъ операціяхъ* (не исключая фотографовъ, репортеровъ и проч., хотя бы война представляла собою только фактическія непріятельскія дѣйствія, безъ объявленія, какъ въ Китаѣ), *въ плаваніи* на погибшемъ суднѣ, или *подвергшихся катастрофѣ*. Сроки, въ которые возможно *доказывать* ихъ смерть и требовать судебнаго объявленія ихъ умершими сокращены до 3-хъ и даже до одного года, когда гибель судна произошла въ ближайшихъ водахъ. При этомъ и *самое событіе смерти можетъ быть отнесено къ случаю*, съ коимъ связано исчезновеніе лица, а не къ исходу презумптивнаго срока или къ послѣдовавшему судебному опредѣленію (см. ст. 13 — 20; для послѣдняго положенія о времени смерти, см. особ. ст. 18, пункты 3 и 4). До указаннаго срока безвѣстно-пропавшій предполагается жившимъ (ст. 19).

Объявленію о послѣдовавшей смерти предшествуетъ, по требованію заинтересованныхъ, вызывное производство суда, въ округѣ коего имѣлъ мѣсто жительства пропавшій, за коимъ слѣдуетъ опредѣленіе суда о послѣдовавшей смерти въ срокъ, какой по обстоятельствамъ дѣла и указаннымъ нормамъ будетъ признанъ данному случаю соотвѣтствующимъ. Послѣдствія для правоотношеній подлежащаго лица тѣ же, что при несомнѣнно наступившей смерти, развѣ бы предположенія, на коихъ основано судебное опредѣленіе, оказались несоотвѣтствующими впослѣдствіи обнаруженнымъ даннымъ. Въ такомъ случаѣ вернувшійся изъ безвѣстной отлучки возстановляется въ своихъ семейныхъ и имущественныхъ правахъ. Однако, вступленіемъ супруга въ другой бракъ, прежній супружескій союзъ прекращается окончательно (ст. 1348; подробности въ другомъ мѣстѣ).

Русское законодательство въ этомъ вопросѣ представляетъ собою наслоеніе разныхъ эпохъ, мало согласованныхъ внутреннимъ образомъ. Старое законодательство разрабатывало вопросъ нераздѣльно съ цивильно-политической, административной и уголовной точекъ зрѣнія, такъ что мы находимъ и нынѣ въ составѣ дѣйствующаго права положеніе объ отлучкѣ безъ паспорта, которая почитается безвѣстнымъ отсутствіемъ и въ то же время побѣгомъ, произвольнымъ оставленіемъ отечества и проч. Всѣ такія дѣйствія влекутъ за собой не только имущественныя, но и тяжелыя личныя послѣдствія (ср. т. XIV уст. о пасп. ст. 41, замѣн. Положеніемъ о видахъ на жительство по Продолж. 95 г.

ст. 30; т. IX, ст. 8, 7-я по изд. 99 г.; Улож. о наказ. ст. 325 и слѣд.; также Уст. о наказ. ст. 58 и слѣд.). Въ составѣ собственно гражданскаго законодательства удерживается двойственность нормъ по различію вопросовъ, подлежащихъ разрѣшенію, по различію сословій и нахожденія безвѣстно отсутствующихъ въ военной службѣ. Для вопроса брачнаго права, безвѣстное отсутствіе служитъ поводомъ къ расторженію брака, и подлежитъ вѣдомству духовныхъ судовъ (дѣйствовавшія до сего правила производства дѣлъ по Уст. Дух. Конс. ст. 230—236 замѣнены новыми на основ. Высоч. повел. отъ 14 января 1895 г.). Общій срокъ для ходатайства о расторженіи брака 5-ти-лѣтній (54).

Новыя законоположенія, въ составѣ Устав. гражд. судопр., опредѣленнѣе выдѣляютъ *одну цивильную сторону вопроса* и по руководящимъ началамъ ближе подходятъ къ французскому, чѣмъ къ нѣмецкому типу нормъ. *Объявленія умершимъ*, Todeserklärung, нашъ новый законъ не знаетъ. Французское право, однако, много полнѣе разрабатываетъ матеріальную сторону вопроса; наше же преимущественно имѣетъ въ виду, по свойству источника, его процессуальную сторону (ср. Code civil, особ. Effets de l'absence art. 120 — 143). Рядъ относящихся сюда положеній, коротко, даетъ такія руководящія начала. Всякій имущественно-заинтересованный, а также прокурорскій надзоръ, возбуждаютъ передъ компетентнымъ окружнымъ судомъ дѣло о розысканіи безвѣстно-отсутствующаго и о храненіи его имущества. При достаточной юридической обоснованности такого ходатайства судъ постановляетъ, въ порядкѣ охранительнаго производства, *публикацію для вызова* (въ 3 нумерахъ Сенатскихъ объявленій, въ одной франц. и одной нѣмецкой газетѣ) отсутствующаго и назначеніе опекуна для защиты правъ и охраненія имущества его. Опека, дѣйствуя, въ этихъ цѣляхъ, повторяетъ публикаціи (въ „Сенатск. объявленіяхъ“ и „Губерн. Вѣдомостяхъ“) каждые полгода. *Черезъ 5 лѣтъ послѣ 1-го вызова*, по просьбѣ заинтересованныхъ, окружной судъ приступаетъ къ заключительному акту, т.-е. публикуетъ объ истекшемъ срокѣ, удостовѣряется, чрезъ своего члена, въ ненахожденіи розыскиваемаго, и, по выслушаніи заключенія прокурора, постановляетъ *признать* такого-то *безвѣстноотсутствующимъ съ распубликованіемъ этого постановленія*. До истеченія 10-ти-лѣтняго срока со времени перваго вызова это постановленіе не опредѣляетъ окончательно, а лишь провизорно положеніе имущества отсутствующаго, ибо, при появленіи его ранѣе этого срока, имущество имѣетъ быть ему возвращено со всѣми

доходами за вычетомъ издержекъ на сохраненіе, не выше 1 проц. [1]) (Уст. гражд. суд. ст. 1451—1460). Притязанія безвѣстноотсутствующаго къ наслѣдству, открывшемуся во время его отсутствія, несомнѣнно ограничены 10-ти-лѣтнимъ срокомъ его отсутствія (1241 и 1246 ст. X т.). Есть ли истеченіе 10 лѣтъ со времени 1-го вызова терминъ безповоротный для правъ отсутствующаго къ его собственному имуществу — объ этомъ не говоритъ нашъ гражданскій кодексъ. Французское законодательство, въ указан. выше артикляхъ, даетъ подробныя указанія о положеніи имуществъ безвѣстноотсутствующаго, провизорномъ до той поры, когда уже нѣтъ вѣроятія ему вернуться (100 лѣтній возрастъ), и когда, наконецъ, изъ состоянія провизорнаго обладаніе наличныхъ претендентовъ становится дефинитивнымъ.

Въ цивилистикѣ старой, частью и въ современной ставятъ вопросъ, не слѣдуетъ ли, *на ряду съ прекращеніемъ личности смертью* человѣка *естественной*, признать такой же юридическій эфектъ за *гражданской смертью?* Извѣстно, что въ связи съ рецепціей, а частью и независимо отъ нея, такой юридическій эфектъ дѣйствительно соединяли нѣкогда съ окончательнымъ приговоромъ уголовнаго суда присуждавшимъ виновнаго къ безсрочной потерѣ всѣхъ правъ состоянія. Это была своего рода capitis deminutio maxima; и такъ какъ подобіе этому низведенію правоспособности могло служить положеніе раба, у котораго nullum caput (§ 4 J. 1.14), и рабство, въ цивильномъ смыслѣ, мы дѣйствительно, по выраженію Ульніана, mortalitati fere comparamus (l. 209 de R. I.), то совершенно понятно, съ этой точки зрѣнія, допущеніе юристами идеи mort civile въ примѣненіи къ тягчайшимъ уголовнымъ приговорамъ (см. Сергѣевскій, Уголовн. пр., изд. 3-е 96 г., стр. 192). Эта идея выражена въ Code Napoléon art. 25, гдѣ приговоренный къ смертной казни (Code civ. art. 23), къ travaux forcés à perpétuité (безсрочная каторга) и къ déportation (ссылка въ мѣста удаленныя, безъ права отлучки, Code pénal., art. 18) разсматривается какъ *гражданскі умершій.* Консеквенціи этой идеи главнѣйшимъ образомъ слѣдующія: открытіе наслѣдства, прекращеніе брака (свободный супругъ разсматривался какъ вдовый, а если сожительство длилось, то оно было, съ точки зрѣнія права, незаконнымъ и дѣти внѣбрачными), утрата всѣхъ гражданскихъ и публичныхъ правъ (C. c. art. 25).

[1]) Ст. 1244 X т. говоритъ: „казенный присмотръ“, ибо держится еще той точки зрѣнія на отсутствіе, которая уже утрачена въ новыхъ законоположеніяхъ, и имѣетъ въ виду возможную „выморочность“ такого имущества (ср. ст. 1243 X т. и ссылку на Инструк. Канцел. Конфискацій).

Это было дѣйствительное приближеніе къ положенію рабскому. Но дѣло въ томъ, что институтъ рабства есть намъ совершенно чуждый и что отъ этой фикціи прижизненной, такъ сказать, смерти терпѣли ни въ чемъ неповинные люди. Идея гражданской смерти заключала въ себѣ несомнѣнную фальшь и осуждалась не только въ юридической литературѣ, но отвергалась даже самимъ первымъ консуломъ. Это не помѣшало ей продержаться, съ нѣкоторыми смягченіями, въ практикѣ французской юстиціи до 1854 г., когда законъ 31-го мая провозгласилъ ея отмѣну. La mort civile est abolie (art. 1 назв. закона, см. Les codes français par Tripier C. c. art. 22 примѣч. 1). Несмотря на глубокую деградацію гражданской правоспособности, которую влекутъ за собою окончательные уголовные приговоры для осужденнаго по отношенію къ прежнему его состоянію, дѣйствующее право не возбраняетъ ему *въ будущемъ гражданскаго правообщенія* абсолютнымъ образомъ. Намъ надлежитъ, стало быть, трактовать этотъ вопросъ не въ ученіи о прекращеніи личности, а въ ученіи объ умаленіи объема или *о низведеніи правоспособности гражданской*, хотя бы въ отдѣльныхъ моментахъ это и напоминало юридическій эфектъ естественной смерти. Послѣ закона 31-го мая 54 г. экзаменаторы во Франціи освѣщали новое положеніе дѣла вопросомъ, допустимо ли вступленіе въ бракъ *съ собственной вдовой?* Бельгія еще ранѣе этого, уже въ 51 г., отмѣнила фиктивную гражданскую смерть осужденнаго (Planiol n^0 384 и слѣд.).

Тотъ же процессъ устраненія первоначально весьма развитой идеи гражданской смерти замѣчается и въ *нѣмецкихъ законодательствахъ*, особенно съ той эпохи, когда всякій слѣдъ понятія рабства, возникшаго хотя бы и на чужой почвѣ, сталъ безусловно отвергаться въ его примѣненіи на разныхъ нѣмецкихъ территоріяхъ. Нынѣ гражданская правоспособность, согласно дѣйствующему кодексу 96 г., *прекращается только физической смертью человѣка*.

Смерть политическая, которую мы находимъ со времени обильныхъ заимствованій, сдѣланныхъ нами изъ западныхъ системъ въ эпоху Петровскихъ реформъ, и въ нашей практикѣ, составляла несомнѣнно совершенно чуждое и въ силу этого невыдержанное въ своихъ консеквенціяхъ на практикѣ понятіе (Сергѣевскій, указан. мѣсто). Въ теперешнемъ примѣненіи лишеніе всѣхъ правъ состоянія хотя бы безсрочное не можетъ быть по своему юридическому эфекту уподоблено смерти, ибо оно не пресѣкаетъ для осужденнаго возможности постепеннаго возрожденія гражданскаго правообщенія въ будущемъ, и все по-

нятіе гораздо правильнѣе сопоставить съ явленіями измѣненія, хотя бы очень глубокаго, правоспособности человѣка, чѣмъ съ физической смертью.

Точно также нельзя уподоблять цивильнаго эфекта принятыхъ на себя *обѣтовъ иночества* естественной смерти человѣка. Это отрицаютъ нынѣ западные кодексы, которые въ старину допускали это уподобленіе (ср. Прусск. Ландрехтъ II, 11 §§ 1199 и слѣд.) и несмотря на обѣтъ нищеты новое Уложеніе (§ 310) не допускаетъ для монашествующихъ юридическаго дѣйствія принимаемаго ими на себя обязательства уступить все будущее свое имущество монастырю. Сомнителенъ также вопросъ, можетъ ли, безъ особаго разрѣшенія государственной власти, имѣть юридическій эфектъ дареніе съ ихъ стороны монастырю и наличнаго ихъ имущества въ размѣрѣ превышающемъ 5000 марокъ (Дернбургъ, Das bürgerl. Recht, § 48, III, пр. 8).

Соотвѣтственно этому и наши *обѣты иночества* не могутъ быть точнымъ образомъ отнесены къ способамъ прекращенія гражданской личности человѣка, хотя отдѣльныя юридическія послѣдствія отреченія отъ міра дѣйствительно уподобляются эфекту прекратившагося существованія человѣка умершаго. Въ чемъ заключается это подобіе смерти и гдѣ оно кончается, объ этомъ мы скажемъ именно въ ученіи объ измѣненіяхъ гражданской правоспособности человѣка въ разныхъ случаяхъ, къ которому мы и переходимъ. Здѣсь замѣтимъ только, что и для инока нашъ дѣйствующій законъ, не возбраняетъ безусловно возврата въ міръ, хотя и сопровождаетъ таковое тяжелыми послѣдствіями (см. Н. С. Суворова, Учебникъ Церковнаго права, изд. второе, 1902 г. § 112, особ. стр. 415).

§ 18.

Видоизмѣненія право- и дѣеспособности отдѣльныхъ людей по условіямъ физическимъ и общественнымъ.—А. Полъ.—В. Возрастъ, способы измѣренія.—Venia aetatis.—Цивильная незрѣлость инородцевъ.—С. Здоровье; средневѣковыя возрѣнія.—Указъ Петра о свидѣтельствованіи дураковъ въ Сенатѣ.—Низведеніе гражд. дѣеспособности на западѣ и въ нашемъ правѣ.—Расточители.

Мы принимали цивильную правоспособность какъ одинаковое достояніе всѣхъ людей на извѣстной степени культуры. Если бы, однако, гражданская правоспособность, и, въ особенности, дѣеспособность была дѣйствительно равною для всякаго, безъ видоизмѣненія и приноровленія ея къ фактическимъ различіямъ, существующимъ между людьми въ дѣйствительности, то это было бы

насиліемъ надъ жизнью, часто прямо *вреднымъ для* интересовъ *самихъ правоспособныхъ субъектовъ*. Задача юридическихъ нормъ заключается въ приближеніи, а не въ удаленіи отъ условій дѣйствительности.

Видоизмѣненія право- и дѣеспособности отдѣльныхъ людей, *неравенство* въ правѣ, въ этомъ смыслѣ, допускаются во всякой развитой системѣ цивильныхъ правоотношеній. Нѣкоторыя изъ нихъ связаны съ физическими свойствами людей и никогда не изгладятся вполнѣ ни изъ какой системы права; другія условлены успѣхами культуры въ данномъ обществѣ и удерживаются въ той или другой системѣ частью какъ остатки прошлыхъ историческихъ судебъ, частью соображеніями политическими, религіозными, административными, системой карательныхъ мѣръ и проч.

Мы группируемъ эти разнообразныя условія неравенства въ двѣ категоріи, *условія физическія* (status naturalis) и *условія общественныя* (status civilis), вліяющія на видоизмѣненія право- и дѣеспособности. Первыя суть: полъ, возрастъ, здоровье. Мы ихъ разсмотримъ впереди. Рѣзкой грани провести между той и другой категоріей условій нельзя. Положеніе женщины опредѣляется такъ или иначе не по условіямъ только природнымъ, но и по условіямъ общественности. Ограниченіе дѣеспособности расточителя составляетъ какъ бы переходъ отъ условій физическихъ къ общественнымъ, ибо мотовство, хотя связано нерѣдко съ болѣзненнымъ состояніемъ воли, и у римскихъ юристовъ сближалось съ сумасшествіемъ, но въ то же время въ этомъ понятіи мотовства есть несомнѣнно и нѣкоторая соціальная окраска.

А.

Полъ.—Вліяніе на правоспособность.—Латинскій міръ.—Народныя правовоззрѣнія новаго времени. — Средніе вѣка. — Современные кодексы. — Русское право.

Полъ (status sexus). Различіе половъ составляетъ *постоянное* физическое условіе нѣкотораго неравенства правоспособности людей на самыхъ различныхъ ступеняхъ культуры. Принадлежность къ тому или другому полу представляетъ, такимъ образомъ, необходимое условіе извѣстности правоспособности отдѣльныхъ людей. Рѣдко, и въ видѣ уродства, принадлежность къ тому или другому полу не можетъ быть опредѣлена вполнѣ и неизмѣнно. Понятіе гермафродитизма знакомо вамъ изъ римскаго права. Современныя цивильныя системы, согласно началамъ права римскаго, допускаютъ неизвѣстность пола, какъ *состояніе временное*, ко-

торое въ результатѣ должно дать преобладаніе признаковъ принадлежности человѣка къ тому или другому полу (въ Прусск. Ландр. въ 18-ти лѣтнему возрасту). Баварское законодательство допускало гермафродитизмъ длящійся, и тогда выходъ изъ неизвѣстности достигался выборомъ пола, къ коему хочетъ себя причислить гермафродитъ.

Прежде чѣмъ опредѣлилась эта чисто физіологическая и цивильная точка зрѣнія на различіе половъ, случаи такого уродства вели къ ужаснымъ послѣдствіямъ. Въ XVI вѣкѣ, въ Дармштатѣ, извѣстенъ случай крещенія младенца сомнительнаго пола сперва именемъ Елизаветы, потомъ Іоанна и превращенія Іоанна опять въ Елизавету. Неясность пола казалась нарушеніемъ законовъ міротворенія, и суевѣрные толкователи этихъ законовъ не нашли лучшаго средства доставить имъ торжество, какъ предавъ несчастнаго человѣка сожженію.

Вліяніе различія половъ на правоспособность опредѣляется частью общими условіями юридическаго быта, частью воззрѣніями на природу женщины, физически и психически менѣе мощную, чѣмъ у мужчины.

Въ правѣ римскомъ легко замѣтить связь приниженной правоспособности женщины въ правѣ гражданскомъ съ положеніемъ ея въ правѣ публичномъ. Въ послѣднемъ она до самаго поздняго времени ab omnibus officiis publicis remota est. Это послѣдствіе того, что у женщины нѣтъ communio comitiorum. Участіе въ комиціяхъ было въ основѣ невозможнымъ для женщины, такъ какъ долгое время между организаціей народнаго собранія и системой военной защиты удерживалась очень тѣсная связь. Призваніе женщины ограничивалось семейной средой, гдѣ въ семьѣ агнатской она не служила звеномъ для дальнѣйшей агнатской связи и составляла такимъ образомъ finis familiae. Покуда жива была связь гражданской правоспособности съ политическимъ положеніемъ гражданъ, женщина не могла выйти изъ-подъ опеки, составляющей для нея тяжесть, когда опекунами были агнаты, и наоборотъ, составляющей тягость для опекуна, если онъ былъ постороннимъ лицомъ. Вмѣстѣ съ обособленіемъ цивильной правоспособности отъ условій политическаго положенія лица въ имперіи, равноправность половъ въ гражданскомъ правѣ дѣлаетъ быстрые успѣхи. Подробности извѣстны изъ курсовъ исторіи римскаго права. Рядомъ съ этимъ, римляне нерѣдко выдаютъ свой взглядъ на природу женщины, легче допускающую постороннее вліяніе въ вопросахъ права, особенно права цивильнаго, строгаго, формальнаго, которое все vigilantibus scriptum est. Женщина

способна обязываться сама за себя, но когда обязательство принимается за другого (intercessio), въ случаяхъ поручительства, ей предоставлено возражать на основаніи Sc. Vellejanum. Женщина можетъ дать согласіе мужу на продажу ея приданаго недвижимаго, но не на залогъ его. Итакъ, здѣсь не столько стѣснена свобода, сколько *предупреждена опасность сдѣлокъ*, которыя всего легче могутъ стать ловушкою для непредусмотрительныхъ, каковы именно сдѣлки поручительства и залога. Это римская оцѣнка психической природы женщины, вовсе не болѣе, чѣмъ мужчины, склонной къ уступкѣ наличнаго обладанія, но болѣе подвижной и легкой (levitas muliebris) на обѣщанія тамъ, гдѣ послѣдствія не тотчасъ даютъ себя знать. St. Vellejanum дѣйствовалъ въ земляхъ реципированнаго права весьма долгое время и былъ отмѣненъ во Франціи въ 1606 г., въ Пруссіи въ 1869 г. [1]).

Много аналогическаго возможно замѣтить въ видоизмѣненіяхъ правоспособности женщины у новыхъ народовъ. Въ началѣ ихъ исторіи, какъ и въ удержавшихся до сихъ поръ соотвѣтствующихъ стадіяхъ развитія племенныхъ правъ на нашихъ восточныхъ окраинахъ, положеніе женщины подавленное, едва примѣтное въ явленіяхъ юридическаго быта [2]). Рѣчь идетъ о мужахъ, о сильныхъ (см. начальныя слова Русск. Правды), а не о слабыхъ, которые способны существовать только подъ охраной чужой силы. Въ дѣлахъ имущественныхъ новая культура права рѣзче, чѣмъ у римлянъ, *различаетъ обладаніе поземельное* отъ имущества движимаго. Въ 1-мъ въ особенности ясно сказывается связь политическаго строя съ системой защиты и съ обладаніемъ поземельнымъ. Въ иныхъ формахъ, чѣмъ у римлянъ, въ германской системѣ сказывается та же тѣсная связь женщины съ семьей, съ домоводствомъ (выразительное изреченіе народной мудрости: des Weibes Welt das Haus; des Mannes Haus die Welt); и при наслѣдованіи ей приходятся на долю тѣ вещи, которыя нужны для семейнаго обихода или вообще меньшая мѣра участія въ дѣлежѣ, хорошо выраженная нѣмецкимъ словомъ Spindeltheil (Spindel — веретено), въ противоположность съ Schwerttheil

[1]) У Stobbe Handb. III § 192 пр. 58 и для другихъ земель.

[2]) Особенно неблагопріятны и грубы *народныя* воззрѣнія на равенство правоспособности разныхъ половъ, и именно въ юридическихъ (особенно словесныхъ) сдѣлкахъ. Брунеръ даетъ массу свидѣтельствъ этого рода. Den Ochsen hält man bei den Hörnern, den Mann beim Wort, die Frau beim Rock (den Mann beim Wort, den Hund beim Schwanz). Тоже у испанцевъ (Al buey por el cuerno, y al hombre por el vierbo), у французовъ (les bêtes par les cornes, les hommes par la parole), тоже и по-латыни (verba ligant homines, taurorum cornua funes).

(Schwert — мечъ), на которую притязаетъ мужчина. Съ обособленіемъ сословій правоспособность женщинъ видоизмѣняется по различію этого характернаго для феодальнаго быта условія. Тамъ, гдѣ виднѣе связь имущественнаго обладанія съ политическимъ положеніемъ лица, въ сословіи феодальныхъ господъ, правоспособность женщинъ именно въ отношеніи къ особымъ формамъ этого обладанія ниже правоспособности мужчинъ. Для среднихъ вѣковъ это имѣло мѣсто въ особенности въ вопросахъ поземельной собственности. Женщины были вовсе неспособны самостоятельно владѣть ленами, очень принижались въ правѣ наслѣдованія, не могли завѣщать, вѣдать опеку надъ малолѣтними.

Въ другомъ классѣ, городскомъ, торговомъ, гдѣ не это обладаніе смѣшаннаго, цивильно-политическаго характера опредѣляло положеніе лица, а первенствующая роль принадлежала богатству движимому, промышленности, капиталу, половыя различія ранѣе утрачиваютъ вліяніе на правоспособность. Существенно, стало быть, и здѣсь, какъ во многихъ другихъ вопросахъ равноправности, обособленіе права гражданскаго отъ публичнаго. Женщины, самостоятельно ведущія торговое, ремесленное дѣло, совсѣмъ не различаются въ ихъ правоспособности отъ мужчинъ въ средніе вѣка.

Естественно, что въ историческомъ процессѣ, вмѣстѣ съ паденіемъ основъ феодальнаго быта и обособленіемъ права гражданскаго отъ публичнаго, произошло въ новое время, содѣйствіемъ государства, какъ въ императорскую эпоху въ Римѣ, значительное *сближеніе правоспособности обоихъ половъ* въ сферѣ гражданскихъ правоотношеній. Новые кодексы слѣдуютъ римской максимѣ (L. 195 pr. D. de V. S. 50, 16): положенія, опредѣляющія права мужчинъ, примѣняются и къ женщинамъ, какъ равноправнымъ, если, въ видѣ исключенія, законъ не ограничиваетъ въ особенности женщинъ (Прус. Ландр. I. 1 § 24).

Положеніе *замужней женщины* есть, однако, во многихъ отношеніяхъ совершенно исключительное и зависимое отъ этого ея особаго семейнаго состоянія. Мы встрѣтимся съ условіями, его опредѣляющими, въ изложеніи институтовъ права брачнаго. Независимо отъ этого, ограниченія въ правѣ наслѣдованія играютъ нынѣ роль главнымъ образомъ тамъ, гдѣ есть особые, а не общіе цивильные источники правъ, которые удержались, напр., въ Германіи, для высшаго дворянства, для крестьянскихъ имуществъ, какъ непоглощенные еще новой жизнью остатки средневѣковыхъ установленій.

Независимо отъ такихъ уклоненій гражданская правоспособность обоихъ половъ по кодексу 96 г. совершенно сближена.

Французское законодательство принимаетъ еще во вниманіе, какъ общее видоизмѣняющее условіе дѣеспособности лица, различіе пола и возраста, *при оцѣнкѣ сдѣлокъ, совершенныхъ по принужденію* (C. c. art. 1112). Особыя нормы удержались до послѣдняго времени во французск. правѣ для нѣкоторыхъ понятій семейнаго права (art. 381, 391), для опеки и для эфекта векселя, подписаннаго женщиною не коммерсантвой (Code de com. 113). Умаленіе способности женщины быть свидѣтельницей при совершеніи актовъ отмѣнено закономъ 7 дек. 1897 г., видоизмѣнившимъ art. 37, 980 C. c. и рядъ положеній о нотарьальныхъ актахъ. Возбужденный дѣвицей Chauvin, докторомъ правъ, вопросъ о причисленіи ея къ сословію адвокатовъ, отвергнутый парижскимъ сословіемъ, рѣшенъ утвердительно Палатою въ общемъ смыслѣ въ іюлѣ 1899 г.

Въ разнообразныхъ, дѣйствующихъ на русской почвѣ юридическихъ нормахъ возможно различить множество оттѣнковъ неравноправности, условленной различіемъ половъ, свидѣтельствующихъ о различіи культурнаго состоянія разныхъ слоевъ населенія Имперіи. Въ эту пестроту нормъ легко внести нѣкоторую закомѣрность при помощи аналитическихъ пріемовъ, коими мы пользуемся для объясненія юридическихъ явленій. Достаточно для этого опредѣлить культурное состояніе даннаго племени, характерныя черты общественнаго строя, степень обособленности институтовъ приватнаго права, и съ помощью этихъ данныхъ легко уяснится необходимость неодинаковаго положенія женщины въ разныхъ сочетаніяхъ этихъ условій у нашихъ инородцевъ, въ разныхъ слояхъ русскаго общества, въ законахъ и нравахъ нашихъ западныхъ окраинъ.

Собственно русское законодательство крайне слабо отражаетъ разнообразіе условій, въ коихъ находится правоспособность женщинъ. Въ старыхъ памятникахъ нашего права ее отнюдь нельзя назвать подавленною. Напротивъ, Уложеніемъ царя Алексѣя Михайловича *честь женщины* цѣнится дороже, когда судъ имѣетъ возстановить ее противъ посягательствъ, чѣмъ честь мужчины. Выше (см. Введен.) была указана скала этой оцѣнки для мужчинъ. Ст. 99. Гл. X (мы беремъ характернѣйшую; всѣ подробности любопытны, но не могутъ быть здѣсь исчерпаны) говоритъ: „а будетъ кто-нибуди обесчестить *непригожимъ словомъ* чью жену, или дочь дѣвку, или сына неверстаного, какова чину нибуди, и женамъ и дочерямъ и то по суду и по сыску править за ихъ безчестье: женъ противъ мужня оклада вдвое, дочери дѣвкѣ противъ отцова оклада вчетверо, сыну неверстаному вполы".

Различіе правоспособности имущественной, однако, частью уже въ ту пору опредѣлившееся и удержавшееся до сего времени, весьма ощутительно и близко соотвѣтствуетъ принятымъ нами выше критеріямъ для опредѣленія приближенія и удаленія отъ равноправности половъ. Это приниженіе правоспособности женщинъ у насъ не абсолютное, а относительное, и выражается въ особенности при встрѣчѣ мужчинъ и женщинъ *въ правахъ наслѣдованія*. Въ линіяхъ нисходящихъ ближайшее право наслѣдованія принадлежитъ дѣтямъ мужского пола (1127). Указная часть дочерей при живыхъ сыновьяхъ есть для недвижимостей $^1/_{14}$, для движимостей $^1/_8$ (1130); для усыновленнаго зак. 12 мар. 91 г. указалъ, при неимѣніи у усыновителя сыновей, наслѣдованіе въ равныхъ доляхъ съ дочерьми въ имѣніи благопріобрѣтенномъ (т. X, ч. I, ст. 156[1]). Въ боковыхъ линіяхъ сестры при родныхъ братьяхъ и ихъ потомкахъ обоего пола не имѣютъ права на наслѣдство (1135). Вотъ характерныя черты относительной неравноправности женщинъ. Не трудно угадать ихъ основы въ старыхъ (не чисто цивильныхъ) воззрѣніяхъ на имущество *недвижимое*, какъ на главнѣйшій фондъ, составлявшій источникъ службы государству. Тамъ, гдѣ нѣтъ этого условія, въ движимомъ имуществѣ, доля участія женщины тотчасъ повышается. Въ мѣстныхъ нормахъ, утвержденныхъ дѣйствующимъ закономъ, особое свойство недвижимости еще рѣзче даетъ себя чувствовать. Литовск. стат. не допускаетъ дочерей къ наслѣдованію отцу, при наличности мужского потомства, вовсе и ограничиваетъ притязаніе дочерей приданымъ (ст. 1133). Въ губерніяхъ и уѣздахъ Закавказскаго края (въ предѣлахъ Грузіи, Имеретіи и Гуріи, для христіанскаго населенія, туземнаго) братьямъ предоставлено оставлять за собою указную часть изъ недвижимаго имѣнія, слѣдующую сестрамъ, удовлетворяя ихъ деньгами по цѣнѣ имѣнія (1130, прим.).

Абсолютнаго характера видоизмѣненій правоспособности женщинъ наше гражданское законодательство вовсе не знаетъ. Нѣтъ не только половой опеки, но нѣтъ препятствій женщинѣ (матери) самой нести опекунскую обязанность (229).

Вопроса объ ограниченіи правоспособности женщины не въ силу принадлежности къ полу, а въ силу союза брачнаго, въ коемъ можетъ состоять женщина (ограниченіе въ правѣ обязываться векселемъ, распространенное и на дѣвицъ неотдѣленныхъ, ограниченія въ правѣ жены наниматься безъ согласія мужа), мы здѣсь не касаемся [1]).

[1]) См. особ. Paul Gide. Etude sur la condition privée de la femme, изд. 2-е

B.

Возрастъ.—Способы измѣренія.—Venia aetatis.—Грани возраста въ нашемъ законодательствѣ.—Положеніе инородцевъ.

Возрастъ (status aetatis). Рядомъ съ этимъ неизмѣннымъ условіемъ правоспособности надлежитъ поставить другое, *постоянно измѣняющееся условіе дѣеспособности* цивильной, зрѣлость человѣка, физическую и умственную, которая во всякомъ правѣ разсматривается какъ важный моментъ, опредѣляющій способность осуществлять право и отвѣчать за свои дѣйствія въ гражданскомъ смыслѣ.

Свойство зрѣлости и способъ опредѣлять его въ человѣкѣ, понятнымъ образомъ, въ высшей степени условны. Едва ли въ какой-либо другой системѣ именно цивильная сторона этого вопроса разработана такъ тщательно и всесторонне, какъ въ правѣ римскомъ. Прежде всего, въ опредѣленіи зрѣлости человѣка надлежитъ различать цѣль, для которой требуется зрѣлость, для сознанія своихъ интересовъ, правъ и интересовъ другихъ лицъ, для половыхъ функцій, для расширенія круга и интересовъ и правъ, или для простого ихъ охраненія in statu quo. Все это различія крайне важныя и прямо вліяющія на опредѣленіе зрѣлости человѣка.

Въ связи съ нормальнымъ ходомъ развитія людей, для гражданскаго права, въ вопросѣ о дѣеспособности, столь же важны опредѣленія зрѣлости въ случаяхъ отклоненія отъ нормъ, напр., у глухонѣмыхъ. Съ людьми незрѣлыми для цивильныхъ цѣлей сближаются въ вопросахъ дѣеспособности люди слабоумные, сумасшедшіе, расточители. Мы здѣсь коснемся только возраста какъ критерія цивильной зрѣлости человѣка.

Измѣреніе зрѣлости возрастомъ можетъ быть производимо весьма различнымъ образомъ *въ смыслѣ метода* измѣренія. Въ римскомъ правѣ и въ современныхъ законодательствахъ этотъ *методъ* есть *двоякій*. Зрѣлость человѣка прежде всего извѣстна близкимъ ему людямъ. Семья, родичи, старшіе признаютъ своего младшаго члена зрѣлымъ для той или другой цѣли и открываютъ просторъ его самодѣятельности въ этой сферѣ семейныхъ, имущественныхъ вопросовъ. Такое признаніе знаменуется обыкновенно *для общаго свѣдѣнія* какимъ-либо наружнымъ признакомъ,

---

раг Esmein. Принципіально вопросъ „феминизма“ разсматривался однимъ изъ именитѣйшихъ юристовъ-историковъ Франціи Glasson въ докладѣ (Rapport), читанномъ въ Институтѣ 8 окт. 1898 г.

перемѣной одежды (у римлянъ toga praetexta смѣняется другимъ одѣяніемъ, toga virilis), ношеніемъ какихъ либо знаковъ, совершеніемъ какихъ либо обрядовъ. Разнообразіе такихъ формъ не имѣетъ предѣловъ и тѣсно связано съ вѣрованіями, обычаями, промыслами и т. д. Есть случаи, когда для извѣстнаго лица, *по оцѣнкѣ его способностей близкими*, наступаетъ признаніе его зрѣлости; есть другіе, гдѣ возрастъ зрѣлаго опредѣляется не столь индивидуально, а примыкаетъ къ какому-нибудь общему обряду, празднику, какъ у римлянъ праздникъ 17-го марта, причемъ всѣ однолѣтки въ этотъ день вступаютъ въ права зрѣлости. Въ западной церкви конфирмація имѣетъ тоже значеніе публичнаго удостовѣренія извѣстной зрѣлости конфирмированнаго.

Всѣ *эти виды индивидуальнаго изслѣдованія* зрѣлости сохраняютъ и позже значеніе, но уже болѣе или менѣе ограниченное въ примѣненіи, или *значеніе субсидіарнаго средства* опредѣлять зрѣлость лица. Господствующимъ методомъ въ позднѣйшихъ стадіяхъ развитія, какъ римскаго, такъ и современнаго права, служитъ измѣреніе зрѣлости счетомъ лѣтъ даннаго лица.

Нѣтъ сомнѣнія, что измѣреніе зрѣлости для всѣхъ одинаковымъ *количествомъ лѣтъ* заключаетъ въ себѣ значительный элементъ произвольнаго, ибо, конечно, не всѣ люди въ 18 лѣтъ способны къ брачному сожитію, и не всѣ одинаково въ 21 годъ становятся зрѣлыми для обдуманнаго веденія своихъ дѣлъ. Но нормы гражданскихъ правъ разсчитаны не на то только, чтобы ограждать интересы отдѣльныхъ людей, а въ то же время имѣютъ цѣлью дать возможно большую точность и извѣстность принятымъ въ нихъ измѣреніямъ *въ интересахъ общихъ*, соціальныхъ. Въ этомъ отношеніи установленныя для всѣхъ нормы возраста, гдѣ зрѣлость опредѣляется точнымъ числомъ годовъ каждаго человѣка, 7-ю, 14-ю, 21-мъ годомъ, несомнѣнно представляютъ большія удобства. Рядомъ съ этимъ, однако, развитыя законодательства допускаютъ, какъ бы *въ видѣ поправки* общихъ и потому въ извѣстной мѣрѣ произвольныхъ нормъ, *индивидуальное изслѣдованіе* зрѣлости.

Одно изъ самыхъ любопытныхъ сочетаній этого метода общихъ и индивидуальныхъ измѣреній зрѣлости даетъ намъ право римское, котораго правильное разумѣніе и примѣненіе оставляетъ позади себя многочисленныя новыя попытки найти выходъ изъ трудностей проблемы. Мы не войдемъ въ разсмотрѣніе этого римскаго метода, обыкновенно разъясняемаго въ подробности въ пандектныхъ чтеніяхъ.

Изъ новыхъ законодательствъ заслуживаетъ въ томъ же от-

ношеніи особаго вниманія французское, повліявшее на кодексъ, дѣйствующій въ Царствѣ Польскомъ.

Французское право сохранило значительное *вліяніе ближнихъ*, такъ сказать, автономію семьи, въ этомъ вопросѣ. Начать съ того, что le mineur est emancipé de plein droit par le mariage (малолѣтній эманципируется ipso jure чрезъ вступленіе въ бракъ, а для этого нужно согласіе членовъ семьи, о чемъ въ анализѣ институтовъ брачнаго права; брачное совершеннолѣтіе для мужчины 18, для женщины 15 лѣтъ, см. art. 144). Но и независимо отъ этого малолѣтній можетъ быть эманципированъ отцомъ; за отсутствіемъ его—матерью, въ возрастѣ 15 лѣтъ, а при отсутствіи обоихъ родителей—18 лѣтъ, по опредѣленію семейнаго совѣта, если таковой l'en juge capable (считаетъ его способнымъ стать въ положеніе зрѣлаго). Дѣйствіе объявленія совершеннолѣтнимъ (venia aetatis) въ томъ, что онъ самъ управляетъ имуществомъ и теряетъ право на реституцію (какъ въ римскомъ правѣ) въ тѣхъ случаяхъ, когда имѣлъ бы его иначе. Въ займахъ, въ распоряженіяхъ, превышающихъ задачи текущаго управленія, онъ ограниченъ необходимостью соучастія куратора. Въ отрасли торговой, которую вѣдаетъ эманципированный самъ, онъ сравнивается съ совершеннолѣтнимъ. Въ случаяхъ злоупотребленія эманципаціей, онъ можетъ быть вновь подчиненъ опекѣ (art. 476—487). Совершеннолѣтіе наступаетъ въ 21 годъ.

Многіе *нѣмецкіе кодексы* (прусск., баварск., австр., сакс., новый имперскій, особенно art. 5, предоставляетъ veniam aetatis wenn sie das Beste des Minderjährigen befördert [1]), а вслѣдъ за ними III часть мѣстн. остзейскихъ законовъ тоже допускаетъ объявленіе совершеннолѣтнимъ до наступленія общаго срока, по индивидуальному изслѣдованію зрѣлости (ст. 270 и 271). Какъ тамъ, такъ и здѣсь обыкновенно родственникамъ или опекунамъ

---

[1]) Мысли г. Гантовера по этому предмету въ его статьѣ, О силѣ договоровъ, заключен. малолѣтн. и несовершеннолѣтн. безъ участ. опекун. (Судебн. Вѣстн. 69 г. № 52). Также г. Исаченко (Юрид. Вѣстн. 82 г. кн. 8). Вопросъ о пользѣ допущенія не только venia aetatis, но и ограниченія дѣеспособности малолѣтнихъ хорошо разрабатывается въ этихъ статьяхъ, и въ послѣднее время, по поводу нѣмецк. Улож. 96 г., привлекъ къ себѣ вниманіе нѣмецкой литературы. См. по этому предмету особ. указанную выше брошюру Дернбурга Die persönl. Rechtsstel. nach dem Bürg. Gesb. 96. Дернбургъ находитъ, что нерѣдко благія намѣренія по отношенію къ несовершеннолѣтнимъ и сумасшедшимъ (особенно тихимъ, съ такъ назыв. idée fixe) обращаются для нихъ въ сущую напасть. Дернбургъ даетъ рядъ примѣровъ. Но собственно практическій выходъ изъ этого деспотизма общихъ правилъ, summum jus summa injuria, указать не легко. Въ общемъ Дернбургъ находитъ, что положеніе французскаго кода практичнѣе выработанныхъ нѣмецкими комиссіями правилъ. Положеніе франц. практики, особенно по вопросу о сумасшедшихъ, aliénés, см. ниже, въ этомъ же §, подъ Слит., въ примѣчаніи.

предоставляется засвидѣтельствовать передъ органами суда или высшаго опекунскаго надзора солидность нравовъ и достаточную зрѣлость подлежащаго лица для самостоятельнаго веденія своихъ дѣлъ. Остзейскій кодексъ не допускаетъ, однако, такой venia aetatis ранѣе 18-лѣтняго возраста (при общемъ возрастѣ совершеннолѣтія въ 21 годъ, см. указ. стт. 270,271). Нов. Герм. код. 96 г. съ возрастомъ 21 г. соединяетъ не только всю полноту гражданской дѣеспособности, но и эманципацію отъ власти родителей (§ 1626). Съ согласія родителей, по желанію несовершеннолѣтняго ему можетъ быть опекунской судебной инстанціей предоставлены всѣ права совершеннолѣтія по достиженіи имъ 18-ти лѣтъ. Основаніемъ для этого служитъ изслѣдованіе судьею способности несовершеннолѣтняго воспользоваться такой venia aetatis къ своему благу. Еще ранѣе, уже въ 16 лѣтъ, несовершеннолѣтній можетъ совершить тестаментъ, правда, съ обрядностями публичнаго свойства, а не чрезъ собственноручное начертаніе своей послѣдней воли (2229, 2247).

Нашъ гражданскій кодексъ, какъ вообще, такъ и въ этомъ случаѣ, слабо отражаетъ жизненную сторону явленій нашего быта и отвѣчаетъ на вопросы о зрѣлости лица для цивильной самостоятельности только въ той мѣрѣ, въ какой измѣреніе ея нормировано прямо указами и носитъ характеръ рѣзко опредѣленныхъ счетомъ годовъ чиселъ. Основу для дѣйствующаго X т. дали, главнымъ образомъ, указы Императрицы Екатерины II въ связи съ организованными ею опекунскими установленіями.

Исключительность цифровыхъ опредѣленій, несомнѣнно, достаточно гарантировала извѣстность возрастовъ для цѣлей не только цивильныхъ, но и цивильно-политическихъ, коими опредѣлялся преимущественно бытъ того времени. Для цѣлей чисто-цивильныхъ такая исключительность неудобна, стѣснительна. Пока право черпаетъ свои нормы изъ однихъ указовъ, натурально, эти нормы будутъ носить характеръ обще-обязательныхъ, а не примѣнительныхъ, какими въ вопросахъ этого рода служатъ мѣстные обычаи, автономія сословная, родовая, семейная. Всѣ эти источники, обогащавшіе западные кодексы, у насъ изсякли. Легальная зрѣлость опредѣляется метрикой, актомъ состоянія, исповѣдными, особо по каждому приходу содержимыми, именными росписями о бывшихъ у исповѣди и св. причастія, книгами родословными, городскими обывательскими, словомъ, тѣми же актами, кои удостовѣряютъ событіе рожденія, и порядокъ веденія коихъ разработанъ лишь въ послѣпетровскомъ законодательствѣ (ср. ст. 214, 215, 216 X т., ч. 1).

Грани возрастовъ указаны закономъ очень просто: 1) мало-

лѣтство — отъ рожденія до 14 и отъ 14 до 17 лѣтъ, 2) несовершеннолѣтіе — отъ 17 до 21 года, 3) совершеннолѣтіе (213) Цивильныя послѣдствія для дѣеспособности такія: 1) малолѣтній недѣеспособенъ для управленія имѣніемъ, распоряженія, отчужденія, ни самъ, ни чрезъ уполномоченное имъ лицо (217), но 2) достигая возраста 14 лѣтъ, малолѣтній можетъ испросить себѣ попечителя для совѣта и защищенія во всѣхъ дѣлахъ, съ такими же качествами, какія предписаны для опекуна (219), 4) достигшій 17-лѣтняго возраста вступаетъ въ управленіе своимъ имѣніемъ, но дѣлать долги, совершать акты и сдѣлки какого либо рода, распоряжаться капиталомъ, брать таковой обратно изъ кредитныхъ установленій можетъ не иначе, какъ съ согласія и за подписью попечителя (220). Выданныя имъ безъ согласія попечителя обязательства не подвергаютъ его *взысканію и отвѣту* ни во время несовершеннолѣтія, ни въ послѣдующее (222). Натурально, законъ, ограждая этимъ интересы несовершеннолѣтнихъ, *не инвалидируетъ обязательствъ въ ихъ пользу установляемыхъ людьми дѣеспособными.*

Особые термины зрѣлости допущены для вступленія въ союзъ супружескій, но безъ вліянія на общую цивильную дѣеспособность, такъ что можно быть отцомъ семейства и не быть, въ то же время, цивильно-дѣеспособнымъ ни для сдѣлокъ inter vivos, ни для сдѣлокъ mortis causa. Этотъ возрастъ есть 18 для мужчинъ, 16 для женщинъ, съ измѣненіемъ для нѣкоторыхъ мѣстностей (въ Закавказьѣ для природныхъ жителей — 15 и 13) и съ допущеніемъ нѣкоторой venia aetatis, по усмотрѣнію мѣстнаго епархіальнаго архіерея, въ необходимыхъ случаяхъ въ незначительномъ размѣрѣ, $15^1/_2$ для дѣвицы, $17^1/_2$ для мужчины, (съ 1857 года, X т., ч. 1, ст. 3). Особаго возраста для способности совершать завѣщаніе наше право не знаетъ. Мы находимъ его въ области дѣйствія Code civil, который допускаетъ уже въ 16 лѣтъ testamentifactio activa до объема половины имущества, подлежащаго завѣщательному распоряженію совершеннолѣтнихъ (art. 904). Въ Курляндіи (кромѣ Либавы) тоже совершеннолѣтіе для составленія завѣщанія въ 20 лѣтъ (Св. гражд. уз. для губ. Приб. ст. 1989, по Имп. гражд. улож. 96 г. тоже въ 16 лѣтъ, см. выше ст. 2229).

Примѣненіе *индивидуальнаго изслѣдованія* зрѣлости встрѣчается въ нашемъ законодательствѣ *для глухонѣмыхъ*. По отношенію къ нимъ сроки зрѣлости вообще наступаютъ позже, и опека длится до 21 года, а засимъ производится изслѣдованіе способности свободно изъяснять свои мысли и изъявлять свою

волю. Соображаясь всякій разъ отдѣльно со степенью развитія этихъ способностей, по представленію низшихъ инстанцій сенату (о чемъ позже, въ положеніяхъ объ изслѣдованіи умственныхъ способностей, ст. 368, 371, 372), надъ ними назначается попечительство, или сенатъ предписываетъ учредить опеку, или, наконецъ, они уравниваются съ совершеннолѣтними (ст. 381).

Любопытное и оригинальное явленіе нашего законодательства представляетъ *умаленіе цивильной правоспособности для инородцевъ, которые*, по степени культуры, *признаются цивильно незрѣлыми*, не смотря на возрастъ, *въ цѣломъ составѣ населенія*. Это своего рода подопечное положеніе цѣлыхъ племенъ. Для калмыковъ въ особенности учреждено особое званіе Главнаго *Попечителя* калмыцкаго народа (ст. 480 Полож. объ инородцахъ). Любопытно, что интересы этихъ незрѣлыхъ ограждаются не чиновниками, а именно противъ чиновниковъ, заемныя сдѣлки коихъ съ инородцами объявляются ничтожными. При семъ вообще оборотныя операціи инородцевъ въ Сибири имѣютъ силу только тогда, когда совершаются на наличныя деньги. Иначе обязательства заемныя дѣйствительны только при условіи письменнаго ихъ совершенія и дозволенія, одобренія и поручительства, для сибирскихъ обывателей — членовъ волостнаго правленія или инородческой управы, для мезенскихъ самоѣдовъ — родового старосты. Займы общественные допускаются тоже съ разрѣшенія губернскаго или областнаго начальства, которое имѣетъ разсмотрѣть: a) предметъ, издержки, b) побудительныя причины займа, c) состоятельность въ платежѣ [1]).

Нѣкоторыя дальнѣйшія частныя явленія ограниченной правоспособности или дѣеспособности, также привилегіи малолѣтнихъ въ счетахъ разныхъ сроковъ, особенно сроковъ давности, мы будемъ имѣть въ виду при разсмотрѣніи отдѣльныхъ институтовъ.

С.

Здоровье. — Средневѣковыя воззрѣнія на правоспособность физически-слабыхъ. — Болѣзни психическія. — Указъ Петра о свидѣтельствованьи дураковъ въ Сенатѣ. — Современная процедура низведенія дѣеспособности душевнобольныхъ на западѣ и въ нашемъ правѣ. — Частичныя умаленія правоспособности. — Расточительность. — Понятіе. — Признаніе расточительности и низведеніе дѣеспособности расточителей на западѣ и у насъ. — Порокъ пьянства по нѣмецкому улож. 96 г. и законъ 89 г. во Франціи. — Опека по особымъ Высочайшимъ повелѣніямъ.

Нормальное физическое и умственное состояніе человѣка (status integritatis). Полнота цивильной правоспособности, какъбыло

[1]) См. Положеніе объ инородц. (Св. зак. т. II ч. 1) ст. 38 и Прилож. къ ней II ст.ст. 1, особ. ст. 4, 6 п. 4, 19, 20, 21.

видно выше, разсчитана на такое состояніе, физическое и умственное, отдѣльнаго человѣка, въ коемъ онъ можетъ самъ, безъ непремѣннаго содѣйствія ему другихъ людей, достигать цѣлей обособленнаго личнаго существованія въ обществѣ. Норму этихъ силъ и способностей *нельзя установить разъ навсегда*, какъ зрѣлость, посредствомъ возраста, и отступленіе отъ нормы должно быть всякій разъ отдѣльно изслѣдуемо. Такія отступленія отъ нормы являются намъ въ видѣ пороковъ и болѣзней, наличность которыхъ дѣлаетъ признаніе человѣка право- и дѣеспособнымъ для него собственно эфемернымъ и безплоднымъ. Какой проку для идіота отъ этого свойства цивильной личности, которое мы за нимъ признаемъ? Несомнѣнно, что возможность присвоивать людямъ слабымъ свойства цивильной самобытности не составляло потребности любой эпохи въ исторіи права. Это явленіе позднѣйшее, знаменующее собой обособленіе права гражданскаго, *признаніе государствомъ свойства личности за всякимъ живымъ человѣческимъ существомъ*, выработки той техники юридической, при которой всѣ гражданскія правоотношенія образуются какъ личныя для цѣлей ихъ постоянства и извѣстности (см. выше понятія личности въ системѣ институтовъ гражд. права).

Мы имѣемъ совершенно несомнѣнныя свидѣтельства средневѣковаго быта, гдѣ карлики, уродливые люди, больные и слабые совсѣмъ не пріобщались *общей правоспособности*, ибо эта правоспособность не мыслилась иначе, какъ въ связи съ обязанностями нести повинность военную, на конѣ или пѣшую, тянуть тягло, пока силъ станетъ. Нѣкоторые нѣмецкіе партикулярные статуты ставили очень высоко требованіе полноты физическихъ силъ, чтобъ пользоваться правами, и для крестьянина, напр., предѣлъ его способности держать на свое имя хозяйство ограничивался 60-ти лѣтнимъ возрастомъ, съ наступленіемъ коего старикъ обязанъ сдать хозяйство сыну. Гриммъ, въ своихъ Rechtsalterthümer (стран. 95 и слѣд.), даетъ образцы пробы силы, которыми опредѣлялась способность человѣка быть самостоятельнымъ.

Легальныя нормы, предназначенныя для обезпеченія страждущихъ отъ эксплуатаціи, въ особенности способъ изслѣдованія безумія и сумасшествія, ведутъ у насъ свое происхожденіе изъ прошлаго вѣка, приноровлены къ потребностямъ того времени и мало отвѣчаютъ измѣнившимся, особенно послѣ реформъ прошлаго царствованія, условіямъ современнаго быта.

Мы разсмотримъ коротко ихъ содержаніе и сопоставимъ съ другими системами.

Характернѣйшій памятникъ прошлаго вѣка, свидѣтельствую-

щій о предшествующихъ ему порядкахъ и вводящій новые, есть извѣстный указъ Петра Великаго *о свидѣтельствованіи дураковъ въ Сенатѣ*. Онъ еще не вполнѣ отжилъ и для нынѣшней практики, ибо и нынѣ въ процессѣ признанія лица безумнымъ и сумасшедшимъ требуется рѣшающее участіе Сената. Вотъ этотъ указъ:

„Понеже какъ послѣ вышнихъ, такъ и нижнихъ чиновъ людей, движимое и недвижимое имѣніе даютъ въ наслѣдіе дѣтямъ ихъ таковымъ *дуракамъ*, что ни въ какую науку и службу не годятся, а другіе, несмотря на ихъ *дурачество, но для богатства*, отдаютъ за оныхъ дочерей своихъ и свойственницъ замужъ, отъ которыхъ добраго наслѣдія къ государственной пользѣ надѣяться неможно, къ тому же оныхъ имѣніе получа, безпутно расточаютъ, а *подданныхъ* бьютъ и мучатъ и недвижимое въ пустоту приводятъ и смертныя убійства чинятъ, *того ради* повелѣваемъ, какъ высшихъ, такъ и нижнихъ чиновъ людямъ, и ежели у кого въ фамиліи нынѣ есть или впредь таковые будутъ, о таковыхъ подавать извѣстіе въ сенатъ, а въ сенатѣ свидѣтельствовать, и буде по свидѣтельству явятся таковые, которые ни въ науку, ни въ службу не годились и впредь не годятся, отнюдь жениться и замужъ идтить не допускать и вѣнечныхъ памятей не давать, а деревень наслѣдственныхъ и никакихъ за ними не справливать, а велѣть вѣдать такія деревни по *приказной запискѣ*, и ихъ *негодныхъ* съ тѣхъ деревень кормить и сподобовать ближнимъ ихъ родственникамъ, а буде родственниковъ не будетъ, то ближнимъ свойственникамъ. А ежели къ свидѣтельству явятся не таковые, какъ объ нихъ въ извѣстіи написано, то употребить оныхъ въ службу и въ науку, кто къ чему будетъ способенъ, а движимое и недвижимое имѣніе по наслѣдству имъ отдать, а жениться по *урочнымъ* лѣтамъ допускать“ (П. С. З. № 3949, 1722 г.; для прежней практики см. тамъ же № 633).

Здѣсь характерна забота власти не о лицѣ и его правахъ въ особенности, а объ интересахъ государства, что въ ту пору представлялось не расчлененнымъ, а тѣсно слитымъ. Имущества движимыя и недвижимыя должны принадлежать тому, кто способенъ нести тягость личной службы государству. Если эта связь такъ тѣсна, то понятно, что интересы государства не могутъ быть поручены органамъ второстепеннымъ, тѣмъ болѣе, что имъ угрожаютъ не только дѣйствительно негодные въ службу люди, но еще и такіе, которые, при этомъ сочетаніи правъ и обязанностей, находятъ для себя удобнымъ *симулировать дурачество*. Основанія для компетенціи сената, лежащія въ этихъ условіяхъ,

мало-по-малу исчезали, а сама компетенція удерживалась и удерживается до сихъ поръ въ законодательствѣ.

Тамъ гдѣ цивильная сторона отношеній обособилась ранѣе, чѣмъ у насъ, тамъ это обособленіе проведено послѣдовательно во всѣхъ институтахъ, процессъ признанія недѣеспособности проще, короче и цѣлесообразнѣе.

Мы укажемъ коротко черты этого процесса (interdiction, Entmündigung) по французскому и новому нѣмецкому праву. Въ томъ и другомъ есть значительныя черты сходства. Оба проходятъ въ контрадикторномъ порядкѣ передъ судомъ первой инстанціи (у нѣмцевъ Amtsgericht), съ участіемъ прокурора. Французскій законъ предполагаетъ участіе семейнаго совѣта. Судебное изслѣдованіе умственныхъ способностей возбуждается родственниками, супругами, прокуроромъ. Судъ особой экспертизой опредѣляетъ состояніе умственныхъ способностей (imbécillité, démence, fureur, Geistesschwachheit, Bresthaftigkeit и проч.) постановляетъ низведеніе больного изъ состоянія цивильной зрѣлости (Entmündigung) и назначаетъ провизорно попечителя, имѣющаго заботиться о лицѣ и имуществѣ больного (Code civ. 489 и слѣд., 497). Стороны должны быть налицо въ публичномъ засѣданіи суда (тамъ же, 498). Если бы просьба о признаніи больнымъ была отвергнута, судъ можетъ, по обстоятельствамъ, ограничить дѣеспособность больного соучастіемъ совѣтника, коего судъ и указываетъ. Такія опредѣленія суда получаютъ силу окончательную, если нѣтъ апелляціи (тамъ же 500, нѣмецкій Civilprocessordung §§ 593—627). Со времени низведенія всѣ акты, предпринятые больнымъ безъ указанной ассистенціи, ничтожны. Если нѣтъ споровъ, то къ больному назначается опека, и всѣ законы о малолѣтнихъ и дѣйствіяхъ опекуна примѣняются и къ нему (Cod. civ. 509 и слѣд.; въ Код. 96 г., стт. 6 п. 1, 104 п. 2, 105, 114 и 115; ст. 1569 указыв. здѣсь основаніе для развода, о чемъ позже подробности). Тѣмъ же порядкомъ, но уже по просьбѣ больного или опекуна, судъ изслѣдуетъ и опредѣляетъ признаніе его выздоровѣвшимъ [1]). Для права польскаго, близкаго къ фран-

[1]) Франц. законъ 38 г., лежащій въ основѣ дѣйствующаго права давно признается неудовлетворительнымъ и разработка вопроса обогащена обширными трудами парламентск. комис.; обширный Rapport sur le projet de révis. de la loi sur les aliénés сдѣланъ сенаторомъ Théoph. Roussel еще въ 1884 г. Практика уже теперь настаиваетъ на осмотрительномъ примѣненіи интердикціи, которая отнюдь не можетъ быть умѣстной въ случаяхъ совершенно преходящаго смущенія психической дѣятельности. Только état habituel d'imbécillité (C. c. art. 489) оправдываетъ вмѣшательство суда, хотя это состояніе не должно быть непрестаннымъ, continuel, и свѣтлые промежутки не исключаютъ необходимости интердикціи. Код. 96 г. имѣетъ въ виду тѣ же признаки (ст. 1569).

цузскому, см. ст. 489 и слѣд. Гр. Улож. 25 г.; для остзейскаго, представляющаго, какъ и многія нѣмецкія партикулярныя законодательства, соединеніе дѣятельности судебныхъ и опекунскихъ установленій въ этомъ дѣлѣ, см. Св. мѣстн. узакон. ч. III, ст. 497 и слѣд. Уст. гр. судопр. ст. 1673—1681 и 1913—1927.

Нашъ законъ „предоставляетъ“ семейству, въ коемъ есть безумные или сумасшедшіе, предъявлять о томъ мѣстному начальству (367). О послѣдовавшемъ поступленіи больного въ лѣчебницу завѣдующіе обязаны дать знать медицинскому начальству и губернатору. Освидѣтельствованіе совершается въ губернскихъ городахъ чрезъ врачебное отдѣленіе губернскаго правленія (въ присутствіи губернатора, вице-губернатора, предсѣдателя окружного суда, прокурора, или ихъ товарищей, почетнаго мирового судьи, и смотря по состоянію изслѣдуемаго, управляющаго казенной палатой, губернскаго или двухъ уѣздныхъ предводителей дворянства, предсѣдателя сиротскаго суда съ членомъ, депутата отъ военнаго вѣдомства, предсѣдателя коммерческаго суда въ портовыхъ городахъ и проч. см. ст. 368 и слѣд.). Самое освидѣтельствованіе производится въ присутственномъ мѣстѣ или на дому, въ послѣднемъ случаѣ чрезъ инспектора врачебной управы съ двумя медиками въ составѣ цѣлаго присутствія и подъ предсѣдательствомъ представителя сословія, къ коему принадлежитъ больной (372). Освидѣтельствованіе заключается въ распросахъ, обращенныхъ къ больному по предметамъ домашней его жизни и обыкновенныхъ обстоятельствъ (373). Все это, и особенно вопросы и отвѣты, должны быть точно протоколируемы, ибо заключеніе присутствія о болѣзни даетъ основаніе только къ принятію мѣръ призрѣнія, а отнюдь не низводитъ его дѣеспособность и не подчиняетъ опекѣ. *Только сенатъ, какъ при Петрѣ,* окончательно разрѣшаетъ вопросъ, признаетъ больного недѣеспособнымъ, подобно малолѣтнему, и подчиняетъ опекѣ. По отношенію къ крестьянамъ губернскія правленія составляютъ рѣшающую инстанцію (374). Выходъ изъ этого состоянія интердикціи совершается такимъ же труднымъ и медленнымъ путемъ, какъ и вступленіе въ него, причемъ выздоровѣвшій получаетъ полную свободу независимо отъ заключеній сената, а имѣніе [1]) его освобождается отъ опеки лишь съ разрѣшенія сената (378).

---

[1]) Нѣтъ сомнѣнія, что и здѣсь, какъ въ вопросѣ объ усыновленіи и узаконеніи до закона 12 марта 91 г., высшіе классы пользуются вовсе не желательной привилегіей подлежать низведенію гражданской ихъ дѣеспособности содѣйствіемъ Сената, а не мѣстнаго органа, болѣе близкаго и удобнаго для указанной цѣли. Для пребывающихъ заграницей см. ст. 370, т. X, ч. 1.

Медленность этого производства, особенно *въ случаѣ перемежающагося страданія* умственнымъ разстройствомъ и въ мѣстахъ отдаленныхъ отъ столицы, дѣлаетъ его нерѣдко почти вовсе не достигающимъ цѣли.

Способы *ограниченія* для случаевъ этого рода въ сенатскихъ объявленіяхъ указаны въ ст. 374^1 и 374^2.

Отступленія отъ общихъ нормъ для больныхъ и несовершеннолѣтнихъ въ теченіи сроковъ разъясняются въ ученіи давности.

Натурально, въ кругъ лицъ, устраняемыхъ судомъ отъ свидѣтельства, входятъ признанныя умалишенными, состоящія на испытаніи врача, не могущія имѣть познанія о доказываемомъ обстоятельствѣ, глухіе, слѣпые (Полож. о нотар. части ст. 86 т. I; Уст. Гр. Суд. 371, п. 1 и 2).

Для слѣпыхъ установленъ особый, гарантирующій ихъ интересы, способъ совершенія актовъ.

Неспособность къ брачному сожитію (ст. 48, 49 т. X ч. I) и 80-лѣтній возрастъ вступающаго въ супружество (ст. 4 тамъ же) дѣлаетъ бракъ недѣйствительнымъ; скопцамъ запрещено принимать въ семью чужихъ дѣтей (Сбор. Узак. 84 г. № 56, стр. 438).

Съ людьми ненормальными, для коихъ законъ, особенно законъ гражданскій, требующій бдительности ума и воли, не писанъ, правильно сопоставить *расточителей*. Собственно по результату ихъ соціальной роли они приходятъ къ тому же, къ чему придетъ всякій безпомощный; но ихъ безпомощность не въ болѣзни, распознаваемой и признаваемой по симптомамъ, независимымъ отъ нравовъ, а именно въ ненормальности самихъ нравовъ. Хотя бы расточитель оказался вполнѣ здоровымъ человѣкомъ по любымъ экспертизамъ, но нравы его таковы, что свойство личности цивильной, самобытности гражданской явнымъ образомъ приводятъ его и должны приводить къ разоренію. Нѣкоторые цивилисты хотятъ видѣть здѣсь тоже явленіе болѣзненное, нравственную слабость, которая „жертвуетъ заботу о будущемъ впечатлѣнію минуты“. Возможно, что это такъ, но не эта болѣзненность составляетъ предметъ судебнаго изысканія, какъ у сумасшедшаго, *а нравы лица*, чѣмъ бы они ни обусловливались. Въ основѣ низведенія дѣеспособности расточителя до размѣровъ несовершеннолѣтняго видны интересы разныхъ союзовъ, къ коимъ онъ принадлежитъ. Въ правѣ римскомъ не любая расточительность, а расточительность *въ дѣдовскомъ и отцовскомъ имуществѣ* могла влечь за собой умаленіе дѣеспособности. Но ни римское, ни современное западное право не удержалось на этой узкой точкѣ зрѣнія интересовъ наслѣдованія близкихъ, а выработало какъ бы

общую норму социально здоровых нравов [1]), отсутствіе коихъ, хотя бы никому прямо не угрожающее невыгодами, вызываетъ заботливость общества о сохраненіи имущества расточителя, какъ и малолѣтняго и больного.

Возбужденіе процесса о признаніи расточительности исходитъ отъ близкихъ къ моту лицъ (но не отъ прокурора). На нихъ лежитъ тяжесть доказать эту черту нравовъ. Инстанція и форма процедированія вообще близко подходятъ къ таковымъ же въ случаяхъ сумасшествія. Постановленіе суда о признаніи расточителемъ должно быть объявлено *ему лично и оглашено*. Тотъ же порядокъ для снятія запрещеній. Послѣдствія, по французскому и нѣмецкому праву, близки къ римскому, т.-е. расточитель становится въ положеніе impubes infantiae proximus. Французы, впрочемъ, не даютъ ему опекуна, а лишь совѣтника (conseil judiciaire), безъ соучастія коего расточитель (prodigue) не можетъ ни искать, ни отвѣчать на судѣ, ни совершать мировыя сдѣлки, ни занимать, принимать платежи, отчуждать, обременять свое имущество ипотекой (Code civ, art. 513—115, Ул. 96 г. ст. 6 п. 2, 114, Civilproc. ordn., §§ 621—627).

Разъ дѣло идетъ здѣсь не о болѣзни, а о нравахъ, тамъ, гдѣ различіе нравовъ раздѣляетъ данное общество на круги, имѣющіе въ этомъ смыслѣ мало между собою общаго, сужденіе о расточительности должно быть поставлено въ болѣе или менѣе тѣсную *связь съ воззрѣніями того круга лицъ, къ коему принадлежитъ расточитель*. Всѣ положенія нашего законодательства о расточителяхъ тѣсно связаны съ почти отжившей для гражданскаго права сословной организаціей русскаго общества, оставляющей, однако, такія черты различія нравовъ, которыя можетъ сгладить лишь продолжительное время. При этомъ точка зрѣнія полицейская есть совершенно опредѣляющая весь составъ дѣйствующаго законодательства. Положенія о расточителяхъ помѣщены главнымъ образомъ въ Уставѣ о предупрежденіи и пресѣченіи преступленій. Вотъ коротко эти нормы. Когда главный начальникъ губерніи признаетъ нужнымъ наложить опеку на имѣніе дворянина, въ чертѣ его управленія находящееся, то обращается къ дворянскому сословію; если сословіе не постановитъ наложить опеку, то самъ начальникъ предписываетъ ее учредить. Въ обоихъ случаяхъ доносится 1-му департ. сената съ изложеніемъ

[1]) Экономисты далеки отъ единодушія въ вопросѣ о необходимости огражденія расточителей отъ опасности (характерно ихъ наименованіе — mangetout) угрожающей ихъ благосостоянію. Экономическая точка зрѣнія здѣсь не есть, однако, рѣшающая. Нѣкоторыя указанія для французск. литературы см у Planiol Traité, t. I, n° 2691.

причинъ. Сенатъ, если найдетъ сіе основательнымъ, предписываетъ то же и для имѣній въ другихъ мѣстностяхъ, принадлежащихъ тому же лицу. Если почетный гражданинъ, купецъ или мѣщанинъ, по безпутной жизни, расточаетъ свое имущество, то губернаторы сообщаютъ объ этомъ соотвѣтствующему обществу. Приговоры о наложеніи опекъ для двухъ первыхъ категорій лицъ приводятся въ исполненіе по заключенію общаго присутствія губернскаго правленія и палатъ, а гдѣ введены новые суды, съ участіемъ прокурора окружн. суда; для мѣщанъ рѣшающую инстанцію составляютъ губерн. правленія и начальники губерній. Однако, на постановленія сихъ начальствъ допускается жалоба 1-му деп. прав. сената (Уст. о предупр. и пресѣч. прест. ст. 150 приложеніе I и II).

Дѣйствія признанія расточителемъ заключается въ учрежденіи опеки надъ имѣніемъ, причемъ немедленно должны быть наложены на имѣнія (помѣщичьи) запрещенія. Опекуны, управляя имѣніемъ, уплачиваютъ долги, а расточители не только лишаются права закладывать, продавать имѣнія, но и вступать въ какія либо обязательства (Уст. о пред., ст. 151, 152) и хотя не лишаются права искать и отвѣчать на судѣ, но обязаны о каждомъ дѣлѣ увѣдомлять опеку, не могутъ безъ согласія опекуна избирать повѣреннаго, оканчивать дѣло примиреніемъ, дѣлать на судѣ уступки, предъявлять споръ о подлогѣ акта и вступать въ отвѣтъ по такому спору (Уст. Гр. Суд., ст. 20).

Для прекращенія опеки надъ расточителемъ modus procedendi соотвѣтствуетъ порядку ея учрежденія.

По отношенію къ крестьянамъ (крѣпостнымъ) въ старомъ законодательствѣ не могло быть потребности въ опредѣленіяхъ объ ихъ расточительности. Нынѣ сельскимъ обществамъ предоставлено передавать въ распоряженіе правительства членовъ своихъ за порочное поведеніе, каковой приговоръ подлежитъ утвержденію губернскаго по крестьянскимъ дѣламъ присутствія; однако, 51-ю статьею *сельскому сходу не предоставлено право признавать кого-либо изъ однообщественниковъ неимѣющимъ гражданской правоспособности вслѣдствіе расточительности* и назначать по сему поводу опеку (такъ толкуетъ сенатъ, хотя низшія инстанціи смотрятъ на это иначе, см. вообще по вопросу о порочности любопытную практику крестьянскихъ судовъ въ Сборникѣ рѣшеній 1-го департ. прав. сената по крестьянскимъ дѣламъ, И. Данилова, Петербургъ, 1885 г., стр. 20—68). Новый законъ (Выс. повел. 18 марта 1886 г., „Правит. Вѣст.“ за 1886 г., № 75), направленный къ ограниченію семейныхъ раздѣловъ въ крестьян-

скихъ хозяйствахъ, гдѣ имѣетъ мѣсто общинное землевладѣніе, постановляетъ, что сельскій сходъ, имѣющій вѣдать такіе раздѣлы (ср. Сборн. Данилова, указан. сейчасъ, стр. 69, а также Сборникъ, изд. въ 1880 г., № 36 и 11), прежде всего удостовѣряется, согласенъ ли на раздѣлъ родитель или старшій членъ семьи, а при отсутствіи согласія приступаетъ къ нему лишь при условіи, что поводомъ къ раздѣлу служитъ *расточительность и безнравственное* поведеніе домохозяина (см. Общее Положеніе Приложеніе къ ст. 51 п. 5 прим. стт. 1 и 2).

Въ общемъ, положеніе о расточительности у насъ основано на совершенно иныхъ соображеніяхъ, чѣмъ въ западныхъ законодательствахъ. Иниціатива исходитъ совсѣмъ не отъ того круга лицъ, коихъ интересы имѣютъ въ виду французскій и имперскій законъ, процедированіе не носитъ совсѣмъ тѣхъ особыхъ судебныхъ гарантій, кои введены Уставомъ 1864 года для дѣлъ гражданскихъ вообще, разныя части дѣйствующаго законодательства недостаточно согласованы, и нѣтъ сомнѣнія, что вопросъ о расточителяхъ долженъ будетъ стать скоро на очередь безотлагательныхъ заботъ законодательной власти.

Наряду съ разсмотрѣнными поводами къ низведенію дѣеспособности Нѣм. Код. 96 г. вводитъ особый поводъ къ такому низведенію, именно *пьянство*, Trunksucht, когда пьяница теряетъ способность заботиться о своихъ дѣлахъ или повергаетъ себя и свою семью опасности нищеты или, наконецъ, угрожаетъ безопасности посторонніхъ людей.

Французск. законъ знаетъ ivrognerie habituelle, но не находитъ въ этомъ порокѣ основанія для интердикціи правоспособности, если нѣтъ наряду съ этимъ, другихъ основаній для низведеніе дѣеспособности и назначенія conseil judiciaire. Въ позднѣйшемъ своемъ движеніи законодательство, особенно законъ 1889 г., допускаетъ факультативно, по суду, частичное пониженіе правоспособности, именно потерю (déchéance) отцовской власти по поводу ivrognerie habituelle, inconduite notoire et scandaleuse, mauvais traitements, которые угрожаютъ здоровью, безопасности и нравственности дѣтей [1]).

Т. X, ч. I знаетъ особый видъ опеки по особымъ Высочайшимъ повелѣніямъ установляемой (ст. 296). Каждый случай такого рода составляетъ спеціальный законъ, такъ что заключеній къ общему праву дѣлать отсюда нельзя. Но несомнѣнно, что необходимость такихъ законовъ и явная польза такихъ особыхъ

[1]) Подробности и литературу вопроса (см. у Planiol Traité.. т. I, nº 2217, 2223—7, 2589, 2688.

мѣропріятій, въ свою очередь, указываютъ на недостаточность общихъ цивильныхъ нормъ по этому предмету. Кассаціонная практика обнаруживаетъ нерѣдко затруднительность согласованія такихъ спеціальныхъ нормъ съ общими, и Сенатъ допускаетъ, согласно ст. 296, отступленіе отъ общихъ правилъ именно только тамъ, гдѣ изъятія прямо показаны особымъ Высочайшимъ повелѣніемъ (см., наприм., Кас. рѣш. гражд. 77 г. № 228).

§ 19.

Видоизмѣненія гражданской правоспособности по условіямъ общественнымъ.—D. Правоспособность иностранцевъ.—E. Различія по сословіямъ.—F. Промыслы, званія, должности (совмѣстительство).—G. Гражданское безчестіе.—H. Способы публичнаго удостовѣренія измѣненной дѣеспособности.—I. Гражданская правоспособность инородцевъ.—Евреи.

D.

Правоспособность иностранцевъ.—Ограниченія въ отношеніи землевладѣнія.—Двоякій смыслъ *своего и чужого* въ нѣмецкой терминологіи. — Пріобрѣтеніе правъ гражданства русскими подданными въ Финляндіи.

Положеніе иностранцевъ. Мы выше видѣли, что, вмѣстѣ съ обособленіемъ права частнаго отъ публичнаго, гражданская правоспособность расширяется на своихъ и чужихъ, безразлично. Понятіе подданства, способы его установленія и прекращенія входятъ въ дисциплину публичнаго права. Въ основѣ теперешней практики лежитъ законъ 10 февраля 1864 г. и послѣдующія измѣненія, введенныя въ составъ IX т. Св. Зак. Для вступленія въ подданство неприрожденнаго подданнаго необходимо принятіе имъ присяги (IX, ст. 1021, нынѣ 846) а для женщинъ-иностранокъ достаточно и вступленія въ бракъ съ русскимъ подданнымъ (1028, нынѣ 855), точно также какъ для женщинъ русскихъ подданныхъ вступленіе въ бракъ съ иностранцемъ составляетъ способъ прекращенія подданства (1026, нынѣ 853).

Иностранцами нашъ законъ называетъ всѣхъ подданныхъ другихъ державъ, не вступившихъ въ русское подданство (817 по изд. 99 г.) Иностранцы, находясь въ Россіи, какъ лично, такъ и по имуществу ихъ подлежатъ дѣйствію русскихъ законовъ и пользуются ихъ общей защитой и покровительствомъ (822). Дѣла иностранцевъ, находящихся въ Россіи, какъ между собой, такъ и съ русскими подданными, подлежатъ вѣдомству судебныхъ установленій по общимъ законамъ о подсудности (ст. 224 Уст. Гр. Суд.).

Иностранцы могутъ пріобрѣтать какъ чрезъ куплю, такъ и по наслѣдству, завѣщаніямъ, дарственнымъ записямъ, отводамъ отъ казны и т. п. всякаго рода движимыя и недвижимыя имущества, кромѣ тѣхъ, кои могутъ принадлежать только потомственному дворянству (IX, 830, изъятія сдѣланы только для нѣкоторыхъ областей пограничныхъ или еще не вполнѣ замиренныхъ, см. пр. 2 и 3 и Прилож. къ ст. 830 прим. 2); иностранцы также, кромѣ евреевъ, могутъ управлять имѣніями, держать въ арендѣ и поссессіи недвижимыя имѣнія (831), устраивать фабрики и заводы, съ уплатой гильдейскихъ пошлинъ (828), упражнять всѣ виды промысловъ (829), вступать въ обязательства (833), завѣщать (834), наслѣдовать (см. особ. ст. 830 пр. 2 прилож. I и ст. 1247 т. X .ч 1) на общемъ для русскихъ подданныхъ основаніи [1]).

Столь широкой постановки равноправности чужихъ и своихъ, введенной у насъ въ такую пору, когда для своихъ еще продолжали существовать многочисленныя стѣсненія въ правахъ гражданскихъ, едва-ли знаетъ какое-либо изъ современныхъ западныхъ законодательствъ. Вовьмемъ для примѣра Германію. Art. 3 имперской конституціи уравнялъ въ правоспособности подданныхъ каждаго отдѣльнаго нѣмецкаго государства въ другомъ нѣмецкомъ же государствѣ, а *для иностранцевъ въ тѣсномъ смыслѣ*, т.-е. подданныхъ внѣ-нѣмецкихъ государствъ, этотъ общій законъ предоставилъ отдѣльнымъ нѣмецкимъ государствамъ удержать свои прежнія начала и вводить новыя нормы, имѣющія обязательную силу въ каждой отдѣльной территоріи. Извѣстно, что прусская законодательная власть, смѣшивающая такъ часто *задачи права и политики*, ввела именно новыя нормы для землевладѣнія въ нѣкоторыхъ пограничныхъ провинціяхъ, устранившія массы „чужихъ“ землевладѣльцевъ съ этихъ нѣмецкихъ земель. Въ 1886 г. (14 марта) послѣдовалъ Высочайшій указъ, коимъ въ 10 губерніяхъ Царства Польскаго и въ 11 губерніяхъ, прилегающихъ къ западной границѣ, иностраннымъ подданнымъ воспрещено пріобрѣтеніе внѣ портовыхъ и другихъ городскихъ поселеній права собственности, права владѣнія и пользованія недвижимымъ имуществомъ, найма, аренды, завѣдыванія (кромѣ домовъ и дачъ); наслѣдованіе по закону допущено въ прямой и нисходящей линіи и между супругами только для поселившихся до-

[1]) Вопросъ объ охраненіи литературной и художественной собственности тамъ, гдѣ нѣтъ конвенцій, остается для иностранцевъ открытымъ. Ср. Сборн. Гожева, т. I, стр. 880. Приведенныя здѣсь (стр. 893) конвенціи съ Франціей и Бельгіей потеряли силу съ 1886 г.

изданія этого указа, иначе иностранецъ обязанъ продать въ теченіе 3-хъ лѣтъ такое имущество русскому подданному, подъ страхомъ отчужденія съ публичнаго торга. Законъ дѣйствуетъ не только на отдѣльныхъ людей, но и на всякаго рода общества. Въ 1892 г. этого же рода ограниченія введены въ Волынской губерніи, не взирая на принятіе иностранцами подданства (т. IX по изд. 1899 г., приведен. выше ст. особ. Приложеніе I къ примѣч. 2 статьи 830).

Не составляетъ ограниченія въ частноправномъ смыслѣ запрещеніе иностранцамъ занимать различныя должности и носить званіе присяжнаго повѣреннаго (Учр. Суд. Уст., ст. 355, п. 2). Въ защитѣ правъ на судѣ иностранцы, ничѣмъ не гарантирующіе возможной отвѣтственности (не состоящіе на службѣ, не владѣющіе недвижимостью), должны представлять обезпеченіе возможныхъ издержекъ и убытковъ по дѣлу; иначе отвѣтчикъ предъявляетъ отводъ безъ объясненій по существу дѣла (Уст. Гр. Суд., св. 571, п. 5, ср. Code civ. art. 16 и Code de procéd. art. 166). Есть и прямыя, хотя незначительныя ограниченія ихъ правоспособности, напр., въ наслѣдованіи, для предъявленія притязаній на которое иностранцами положенъ 2-годичный срокъ (1247 и 1294 X т., ч. I), также въ правѣ участія въ нѣкоторыхъ предпріятіяхъ (напр., ст. 2139, пр. 2 тамъ же). Законъ не допускаетъ принятіе въ русское подданство иностранцевъ изъ евреевъ и дервишей (IX, 819, см. изъятія въ пр. 1 и 2; 821).

Нѣмецкая юридическая терминологія принимаетъ двоякій смыслъ противоположенія своего и чужого въ отношеніи къ подданству; *тѣснѣйшій*, гдѣ въ понятіе чужого входитъ только тотъ, кто не есть имперскій подданный, *и обширнѣйшій*, гдѣ чужимъ называется не только чужой для имперіи, но и неподданный даннаго члена имперскаго союза. И такъ, русскій подданный есть иностранецъ, чужой для нѣмецкой имперіи, иностранецъ въ тѣсномъ смыслѣ, но и подданный имперіи пруссакъ будетъ *въ обширномъ смыслѣ* чужимъ для Баваріи. Стремленіе новаго нѣмецкаго законодательства заключается въ томъ, чтобы сравнять въ отношеніи гражданской правоспособности всѣхъ подданныхъ, чужихъ, въ обширномъ смыслѣ, передъ лицомъ общаго имперскаго закона, чтобъ уничтожить въ этомъ смыслѣ партикулярную правоспособность и дать перевѣсъ общей. Этого ищутъ тамъ достигнуть гораздо энергичнѣе, чѣмъ достиженія равноправности своихъ, имперскихъ подданныхъ, и чужихъ, иностранцевъ въ тѣсномъ смыслѣ.

Нельзя сказать того же о нашемъ законодательствѣ. Въ то

время какъ права иностранцевъ (въ узкомъ смыслѣ, подданныхъ иныхъ державъ) несомнѣнно сравнены (кромѣ указ. мѣстныхъ изъятій, особ. по закону 1886 года) съ правами русскихъ подданныхъ въ отношеніи гражданской правоспособности, равноправность гражданская для своихъ и чужихъ въ обширномъ смыслѣ оставляетъ желать весьма многаго. Мы возьмемъ для примѣра законы русскіе, касающіеся Финляндіи и входящіе въ составъ IX т. Св. Зак. Рос. Имп. Вотъ они: русскіе дворяне и чиновники, желающіе получить право гражданства въ Финляндіи, должны подавать прошенія губернатору подлежащей финляндской губерніи съ удостовѣреніемъ, что русскія власти не встрѣчаютъ препятствія *къ выбытію* перечисляющагося *изъ имперіи*. Особымъ процессомъ восхожденія на Высочайшее благоусмотрѣніе такое перечисленіе допускается, но для дѣйствительнаго перечисленія проситель обязанъ поселиться въ В. К. Финляндскомъ, записаться тамъ въ поголовные списки, внести единовременно тысячу рублей въ пользу фонда финляндскихъ богадѣленъ и рабочихъ заведеній, и лишь тогда финляндскій гражданинъ изъ русскихъ подданныхъ станетъ въ положеніе, равное съ туземнымъ гражданиномъ (IX, прилож. къ ст. 14 примѣч. 7, I и II; тутъ же подъ лит. А о порядкѣ перечисл. въ Цар. Польское; для низш. клас. особ. полож.).

Е.

Посредствующая между лицомъ и государствомъ союзная форма *сословія* въ средніе вѣка и въ современномъ правѣ. — Сословія въ Россіи. — Сословные институты въ современной системѣ. — Усыновленіе и узаконеніе до и послѣ закона 12 марта 1891 г. — Гражданская правоспособность духовенство, особенно чернаго. — Городскіе обыватели, особенно сословіе купеческое; сельскіе обыватели.

Сословность. Если современное европейское государство способно обособлять сферу правъ публичнаго и частнаго и открывать не только подданнымъ, но и иностранцамъ широкое общеніе интересовъ имущественныхъ и цивильныхъ вообще, то это составляетъ явленіе лишь новаго времени, не вездѣ еще устранившее иной порядокъ вещей, господствовавшій въ старое время. Непосредственному отношенію каждаго отдѣльнаго человѣка, какъ подданнаго, къ государству предшествовала въ жизни европейскихъ обществъ *связь отдѣльныхъ людей съ союзомъ государственнымъ, посредствуемая другою, тѣснѣющей союзной формой, сословіемъ* или состояніемъ, къ коему необходимо долженъ былъ принадле-

жать каждый членъ союза государственнаго. На исторіи развитія правосознанія на западѣ и у насъ эта пора рѣшающаго значенія принадлежности къ тому или другому сословію оставила свои глубокіе слѣды. Долгое время нѣтъ вовсе нормъ права общихъ, которыя исходили бы прямо отъ государства и служили бы для всѣхъ равно основой личной правоспособности... Если такія нормы и имѣютъ нерѣдко своимъ источникомъ законъ государственный, то, по содержанію своему, онѣ всего чаще представляютъ собою правосознаніе сословное, ищущее лишь утвержденія и укрѣпленія со стороны государства въ видѣ привилегіи даннаго сословія. Не всѣ такія союзныя формы суть привилегированныя въ смыслѣ льготъ, но, однако, и для тѣхъ классовъ, которые терпятъ отъ предпочтенія другихъ, надежность положенія отдѣльныхъ лицъ, постоянство формъ быта установлялась тоже особымъ для этихъ классовъ (необщимъ) закономъ. Такимъ образомъ, на западѣ образовались не нормы права гражданскаго, а эти многочисленныя отдѣльныя системы нормъ для благородныхъ (дворянства высшаго и низшаго), городскихъ жителей, крестьянства, которыя, особенно въ Германіи (и въ Остзейск. сводѣ), далеко и нынѣ не потеряли своего значенія. Независимо отъ видоизмѣняющаго общую правоспособность значенія такихъ сословныхъ институтовъ, самыя союзныя формы *обогатили наше право сравнительно съ римской цивильной системой обиліемъ такихъ образованій, въ коихъ отдѣльный человѣкъ является лишь участникомъ правъ и обязанностей союза*, цѣлаго, о чемъ въ подробности мы будемъ имѣть случай сказать въ ученіи о юридическомъ лицѣ.

Исторія образованія сословій въ Россіи значительно иная, чѣмъ на западѣ. Если тамъ сословная организація часто была сильнѣе государственной и налагала на строй государства трудно устраняемый, свой, особый, сословный типъ, то въ Россіи, наоборотъ, само государство, сама центральная власть, для своихъ цѣлей, для цѣлей службы и тягла, стремится организовать сословныя формы, дать характеръ постоянства и извѣстности ихъ составу, ихъ правамъ и обязанностямъ, не только для внутреннихъ отношеній самихъ союзовъ, но, и это главнымъ образомъ, для цѣлей самого государства. Данныя по этой исторіи развитія сословныхъ формъ въ Россіи указываются въ подробности въ исторіи русскаго права вообще и въ курсахъ политическихъ наукъ въ особенности.

До самаго послѣдняго времени, до эпохи коренныхъ преобразованій всего русскаго юридическаго быта въ царствованіе Импе-

ратора Александра II, типъ сословной нормы, опредѣлившійся окончательно въ законодательной дѣятельности Екатерины II, былъ господствующимъ и налагалъ свою печать на всю систему русскаго гражданскаго права.

Однако, эти признаки прежняго смѣшенія публичнаго и частнаго права для теперешняго русскаго гражданскаго права далеко уже не имѣютъ того значенія, которое имъ принадлежало въ условіяхъ стараго быта. Въ составѣ дѣйствующаго законодательства удерживаются и пересчитываются въ новыхъ изданіяхъ свода раздѣльно положенія, опредѣлявшія прежде *особыя права сословія* и затѣмъ, чрезъ распространеніе этихъ особыхъ правъ на всѣхъ, утрачивавшія характеръ сословной льготы, исключенія, и *получившія нынѣ свойство нормъ общихъ*. Такъ мы читаемъ: „дворянинъ безъ суда не можетъ быть лишенъ ни жизни, ни правъ состоянія, ни имѣнія (IX изд. 99 г. ст. 80, 87). Это нынѣ уже не изъятіе, ибо никто безъ суда не можетъ быть лишенъ жизни, правъ состоянія, имѣнія (ст. 9 тамъ же). „Потомственный дворянинъ можетъ пріобрѣтать законнымъ способомъ всѣ безъ изъятія роды имуществъ движимыхъ и недвижимыхъ", входить во всѣ вообще договоры и обязательства, а также распоряжаться недвижимымъ имуществомъ по правиламъ въ законахъ гражданскихъ установленнымъ" (85, 88). Эта привилегія, и именно привилегія владѣнія населенными имѣніями (своего рода территоріи, населеніе коихъ самъ законъ нерѣдко именовалъ „подданными") нѣкоторое время и послѣ отмѣны крѣпостного права, до окончательной его ликвидаціи, сохраняла значеніе и утратила его вполнѣ лишь съ 1-го января 1883 года, когда бывшіе помѣщичьи крестьяне, состоявшіе еще въ обязательныхъ отношеніяхъ къ бывшимъ господамъ (сеньорамъ), переведены съ оброчной и издѣльной повинности на выкупные платежи и причислены къ разряду крестьянъ собственниковъ. Въ другое время и съ другимъ смысломъ возникла привилегія городскихъ обывателей пріобрѣтать движимую и недвижимую собственность, производить торговлю, учреждать фабрики, дарить, завѣщать, давать въ приданое свое имѣніе на основаніи законовъ (508, 509). Наконецъ, нынѣ, когда каждый сельскій обыватель можетъ пріобрѣтать въ собственность недвижимое и движимое имущество, отчуждать, отдавать въ залогъ..." (678, 671), когда крестьяне и башкиры, какъ отдѣльно, такъ и цѣлыми обществами, могутъ входить, на основаніи общихъ постановленій, во всякіе закономъ дозволенные договоры, обязательства и подряды..." (т. IX особ. прил. I ст. 22), отыскивать свои права, вчинять тяжбы и иски и т. д." (ст. 24) возможно

было бы, вмѣсто историческаго матеріала, содержащаго во всѣхъ этихъ разныхъ по историческому происхожденію статьяхъ, внести въ составъ гражданскаго кодекса указанныя нормы правоспособности какъ общія, обозначая при нихъ немногія отступленія, не утратившія пока своего значенія.

Эти отступленія по сословіямъ немногочисленны и заключаютъ въ себѣ не столько привилегіи или льготы, сколько особо приноровленные къ той или другой сферѣ имущественнаго обладанія институты полуцивильнаго характера. Таковы въ особенности имущества заповѣдныя, кои учреждать, съ соизволенія Высочайшей власти, дозволено дворянамъ потомственнымъ, а также временно-заповѣдныя на основаніи особ. Полож. 25 мая 1899 г. (IX, 85, X, ч. 1, ст. 467 и слѣд. для врем.-заповѣдн. т. 493[1]—493[46]). Эта заповѣдь, въ гражданскомъ смыслѣ—ограниченіе оборотности имущества и его нераздѣльность, встрѣчается не тутъ только. Здѣсь она направлена на цѣль обезпеченія или знатныхъ, или пользующихся лишь нѣкоторымъ довольствомъ дворянскихъ родовъ. Въ другомъ случаѣ законодатель указываетъ предѣлъ дѣлимости участковъ государственныхъ крестьянъ (бывшихъ, ст. 394). Это тоже особое положеніе въ цѣляхъ обезпеченія крестьянскаго быта. Наконецъ, въ этихъ же цѣляхъ, съ характеромъ исключительнаго института для нѣкоторыхъ мѣстностей имперіи, мы имѣемъ полуцивильную форму обладанія имуществомъ, землей, на правѣ владѣнія общиннаго, гдѣ полевые участки не наслѣдуются членами союза, а передѣляются или распредѣляются, по приговору міра, между крестьянами, по душамъ, тягламъ или инымъ способомъ, а повинности отбываются за круговой порукой (IX, прил. мѣст. положен. великорусск. губ., ст. 113, прим.). Тутъ тоже цѣль обезпеченія быта и исправности выполненія повинностей этимъ классомъ лицъ. Но ни въ заповѣдномъ имѣніи, ни въ особыхъ формахъ крестьянскаго замлевладѣнія нѣтъ настоящаго измѣненія общей цивильной правоспособности привилегіей, а существуютъ особые институты, образовавшіеся въ сферѣ иныхъ, чѣмъ чисто цивильныя, отношеній. Дворяне способны учреждать заповѣдныя имѣнія, и учреждая ихъ, они преслѣдуютъ не столько цѣли цивильныя, сколько упрочиваютъ соціальное положеніе извѣстнаго *дворянскаго рода*. На имуществахъ крестьянскихъ можетъ лежать извѣстная заповѣдь, запретъ, интердиктъ, редуцированная оборотоспособность; и тутъ тоже задача не въ ограниченіи или расширеніи ихъ *гражданской правоспособности*, не въ привилегіи, а въ удержаніи класса земледѣльческаго, специфическими способами, въ этой сферѣ труда, постоянномъ и преемственномъ. При-

вилегій, несомнѣнно, охотно искали бы и другія сословія, между тѣмъ, трудно думать, чтобы лица средняго класса, въ особенности торговые люди, усматривали умаленіе ихъ гражданской правоспособности, когда имъ не предоставлено закономъ налагать заповѣдь, ограничивать оборотоспособность ихъ имуществъ [1]).

Иное дѣло ограниченіе потомственныхъ дворянъ въ правѣ узаконять своихъ дѣтей и усыновлять. Это, въ теперешнихъ условіяхъ быта, составляло, до закона 12 марта 91 г., дѣйствительно *умаленіе гражданской правоспособности* этого класса лицъ сравнительно съ другими сословіями. Пока господствующую систему правоотношеній опредѣляли институты смѣшаннаго, цивильно-политическаго типа, до тѣхъ поръ, понятнымъ образомъ, было бы неправильно вообще и вмѣстѣ съ этимъ противно интересамъ зависимыхъ классовъ допускать расширеніе чрезъ узаконеніе и и усыновленіе, стало быть приватнымъ актомъ, круга лицъ привилегированныхъ. По мѣрѣ того, какъ эти старые институты смѣшаннаго типа исчезали, ограниченія, лежавшія на способахъ узаконенія и усыновленія для лицъ привилегированныхъ, теряли свой raison d'être, и мы дѣйствительно видимъ, что весь институтъ усыновленія быстро приватизируется (см. ст. 145 — 163 X т. изд. 87 г.). Личные дворяне получаютъ право усыновлять со всѣми послѣдствіями для усыновленнаго, какія установляетъ законъ для родныхъ (ст. 149 тамъ же, п. 5) дѣтей усыновителя *кромѣ правъ состоянія*, которыхъ усыновитель не сообщаетъ усыновленному. То же для купцовъ, имѣющихъ званіе потомственнаго почетнаго гражданства. *Права гражданскія сообщаются усыновляемымъ*, „но къ почетному гражданству (они) не причисляются и возводятся въ оное въ томъ только случаѣ, когда сами на званіе сіе пріобрѣтутъ право“ (ст. 154 тамъ же).

И такъ, законъ указываетъ намъ не только возможность усыновленія лицами привилегированными, но и *методъ*, какимъ это достигается. Дѣло совершенно простое. Чтобъ дать силу акту приватнаго характера, тамъ, гдѣ подлежитъ установкѣ или измѣненію юридическое отношеніе смѣшаннаго типа, семейно-сословнаго, надо *обособить* приватныя, чисто семейныя, цивильныя послѣдствія акта отъ вопроса о правахъ состоянія. Цѣль будетъ достигнута.

Какъ бы мы, однако, ни доказывали совсѣмъ измѣненныя закономъ условія быта русскаго общества съ отмѣной дворян-

[1]) См. еще выше особая компетенція для низведенія дѣеспособности лицъ привилегированныхъ сословій съ соучастіемъ центральной инстанціи Правит. сената.

скихъ привилегій по обладанію населенными имѣніями, и какъ бы ни оказался въ самомъ законѣ ясенъ *методъ обособленія приватныхъ и публичныхъ послѣдствій акта узаконенія и усыновленія*, мы все же должны были признавать неотмѣненнымъ, а наоборотъ, подтвержденнымъ послѣдующею законодательной практикой умаленіе гражданской правоспособности дворянъ потомственныхъ сравнительно съ другими классами лицъ въ вопросѣ объ усыновленіи.

Лишь въ настоящее время *этимъ методомъ обособленія публичныхъ и приватныхъ послѣдствій усыновленія законъ 12 марта 1891 года* устранилъ существовавшее до сего умаленіе правоспособности дворянъ въ вопросахъ семейнаго права. Въ этомъ славномъ памятникѣ прошлаго царствованія *для христіанскаго населенія Имперіи* постановлено: дѣти, рожденныя внѣ брака, кромѣ происшедшихъ отъ прелюбодѣянія, *узаконяются* бракомъ ихъ родителей. Узаконенныя дѣти почитаются законными со дня брака родителей и съ этого времени уравниваются въ правахъ съ законными дѣтьми отъ сего брака рожденными. Лицамъ *всѣхъ состояній безъ различія пола* (кромѣ обреченныхъ на безбрачіе по сану) дозволяется, при неимѣніи своихъ законныхъ или узаконенныхъ дѣтей, *усыновлять* своихъ воспитанниковъ, пріемышей и чужихъ дѣтей. Не допускается усыновленіе христіанами нехристіанъ и обратно. Усыновленные дворянами и почетными гражданами, имѣющіе меньшія права состоянія, пріобрѣтаютъ усыновленіемъ личное почетное гражданство (т. X, ч. 1 изд. 1900 г. ст. 144[1], 145, 153, 154).

Гражданская правоспособность *бѣлаго* духовенства ограничивается не столько по соображеніямъ цивильнаго характера, сколько въ духѣ особаго призванія служителя алтаря. Несомнѣнно, что отдѣльныя лица этого класса могутъ достигать значительнаго обогащенія, ибо законъ вовсе не указываетъ какихъ-либо предѣловъ довольства для лицъ бѣлаго духовенства; но есть *виды дѣятельности*, особенно важные въ процессѣ цивильнаго обмѣна, коихъ упражненіе составляло бы nefas для этого круга лицъ. Таковы вообще операціи торговыя, подряды, поручительства по подобнымъ дѣламъ, вексельныя обязательства (т. IX изд. 99 г. ст. 431, 348, 399). Законъ воспрещаетъ также лицамъ бѣлаго духовенства хожденіе по дѣламъ, кромѣ дѣлъ церкви, ихъ женъ, дѣтей, питомцевъ, состоящихъ на ихъ попеченіи (тамъ же). За этими исключеніями они вовсе не ограничиваются въ сферѣ имущественныхъ правъ сравнительно съ другими классами лицъ.

Такъ какъ духовное званіе не поглощаетъ вполнѣ принад-

ложности лица къ тому или другому сословію (тамъ же ст. 400), то принадлежность духовнаго лица къ дворянству, потомственному или личному, или къ почетному гражданству, оказываетъ вліяніе на вѣдомство дѣлъ опекунскихъ для сиротъ духовныхъ особъ (X, 236), а также на способность ихъ усыновлять чужихъ дѣтей, о чемъ сказано выше.

Въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ имущественные интересы лица духовнаго званія встрѣчались съ запрещеніями церковнаго закона, наше законодательство искало выхода наиболѣе примирительнаго изъ сей коллизіи. И такъ, если духовное лицо владѣло недвижимостью по праву дворянства, то промыселъ винокуренія и продажи вина могъ быть упражняемъ имъ лишь черезъ арендатора (IX, 381 изд. 76 г.). Нынѣ это положеніе устранено (ст. 381 исключена въ изд. 99 г.).

Многія изъ этихъ ограниченій относятся не къ одному только православному духовенству, а также и къ духовнымъ лицамъ другихъ христіанскихъ исповѣданій. Посему мы находимъ эти ограниченія въ разныхъ частяхъ дѣйствующаго свода, въ т. X, ч. I, въ Уст. Гражд. Суд., въ IX т., въ XI т., въ Уст. век. сельн., въ Уст. иностр. испов., и въ Уст. дух. консист. (сведено хотя не вполнѣ, у Гожева и Цвѣткова, т. 1, стр. 88, см. въ особен. запрещеніе обязываться для лицъ духовнаго званія *всѣхъ исповѣданій* векселями въ т. XI ч. 2, Уст. векс., ст. 6, по изд. 1887 г.; также для запрещенія быть ходатаемъ IX, изд. 99 г. ст. 465, 483, 484; Уст. Гражд. Судопр. ст. 45, п. 3, 246 п. 4). Для православныхъ, посвященныхъ уже въ іерейскій или діаконскій санъ, доколѣ они пребываютъ въ семъ санѣ, бракъ вовсе воспрещенъ съ послѣдствіемъ недѣйствительности такового (X, ст. 2, 37 п. 6, Уст. дух. консист. изд. 1883 г., 205 п. 6, здѣсь же ст. 82 и слѣд. указываютъ разныя ограниченія для православнаго духовенства въ правѣ отлучаться изъ постояннаго мѣстожительства).

Въ результатѣ редукція гражданской правоспособности бѣлаго духовенства далеко не есть значительная [1]).

[1]) П. С. З. даетъ массу указаній на источники регулированнаго закономъ положенія какъ лицъ, такъ и имуществъ, имѣющихъ назначеніе служить церкви. Ср. въ особенности въ 1-мъ П. С. З. № 412, выписку изъ дѣяній собора, бывшаго въ Москвѣ въ 1667 г., гдѣ частію самимъ духовнымъ лицамъ даны правила благочинія (нелѣпо есть ѣздити по улицамъ верхомъ на конѣхъ со епитрахилею и крестомъ,—несомнѣнно дѣло идетъ о свадебныхъ обрядахъ), частію, мірянамъ (осуждается козлогласованіе грядущимъ жениху и невѣстѣ), указываются правила суда церковнаго и предѣлы вѣдомства его, весьма широкіе, правила житія монашескаго и лицъ бѣлаго духовенства, особенно вдоваго, коему возбраняется въ дому своемъ иныя жены держати, но токмо матерь или сестру, или тетку; и все это на основаніи соборныхъ правилъ, при-

Совершенно другой характеръ носитъ умаленіе, во многихъ отношеніяхъ почти поглощеніе гражданской правоспособности монашествующихъ, *духовенства чернаго*. Возможно, съ небольшими оговорками, поставить постриженіе въ число способовъ прекращенія гражданской правоспособности лица. Это актъ отреченія отъ цивильной личности, во многомъ напоминающій, по юридическому содержанію своему, самыя тяжелыя формы лишенія правъ состоянія съ цѣлями карательными, но совершаемый добровольно, въ цѣляхъ спасенія. Поступающій въ монашество отрекается отъ имущества своего единожды навсегда, почему не получаетъ его обратно чрезъ сложеніе сего званія впослѣдствіи (IX, 418, 416). Разобщеніе монашествующихъ съ цивильнымъ міромъ почти полное, оно обнимаетъ jus connubii и jus commercii, commercium inter vivos, кромѣ незначительныхъ сдѣлокъ обыденной нужды, и mortis causa. Сфера брачныхъ, семейныхъ, родственныхъ отношеній закрыта для нихъ вполнѣ, они не наслѣдуютъ по закону, ограничиваются въ правѣ завѣщать и пріобрѣтать по завѣщанію (X, 2, 37 п. 6, 1109, 1025 и примѣч.). Съ цивильной точки зрѣнія это столь же мало занимательныя лица, какъ мало занимательны для цивилиста вещи, посвященныя богамъ. Пока на нихъ лежитъ этотъ интердиктъ, лично, особо, они не фигурируютъ почти вовсе въ цивильномъ обмѣнѣ, они вполнѣ поглощены союзной формой монашескаго общежитія, въ которую вошли, принимая обѣтъ. При поступленіи въ монашество и еще до постриженія, лицо, имѣющее отречься отъ міра, отдаетъ родовое свое имѣніе законнымъ наслѣдникамъ, а благопріобрѣтеннымъ можетъ распорядиться завѣщаніемъ, при недостаткѣ коего имѣніе обращается къ законнымъ наслѣдникамъ (X, 1223 и т. IX ст. 416). Затѣмъ, дальнѣйшая сфера стяжаній, во время монашества, приведена, согласно цѣли этого установленія, гражданскимъ закономъ къ минимуму потребностей земного существованія. Монашествующимъ православнаго исповѣданія, со включеніемъ духовныхъ властей,

---

чемъ бракъ лица, состоящаго пресвитеромъ, діакономъ и поддіакономъ, ведетъ къ изверженію отъ причта, 1-е П. С. З. т. 1-ый, стр. 710. Тутъ же правила, опредѣляющія положеніе вещей церковныхъ и проч. (ср. еще № 4190). Синодскій указъ отъ 22 декабря 1743 года перечисляетъ возбраненныя духовнымъ лицамъ операціи, торги, подряды, откупы, промыслы, поруки по дѣламъ подобнымъ, обязательства и дачу серебра своего должникамъ въ лихву, а кто по 2-мъ и 3-емъ наказаніи неисправенъ явится, яко наемника, а не пастыря, по силѣ правилъ Св. Апостолъ и Св. От. Собора 17 Лаодикійскаго 4. Карѳагенскаго 5, 16, шестого Вселенскаго 10, Василія Великаго 14, неотмѣнно извѣщи сана священническаго вовсе (см. П. С. З. № 8844). Лицамъ духовнымъ не дозволяется виноторговля, а монастыри иногда диспензируются отъ сего запрета въ виду скудости средствъ (№ 9847, 6177). Указан. № 412 важенъ для исторіи рецепціи.

дозволено строить своимъ иждивеніемъ кельи или пріобрѣтать ихъ покупкой внутри монастыря, не иначе, однако, какъ подъ условіемъ предоставить ихъ, въ случаѣ отлучки или смерти, монастырю, гдѣ келья построена (IX, 419). Монахамъ не возбранено *дѣлать показы* принадлежащихъ имъ денегъ въ кредитныя установленія, но и эти вклады имѣютъ, по смерти вкладчиковъ, поступать въ монастырскую казну (422, тоже для римско-католическихъ монаховъ 472—475, для монахинь иначе, ибо на ихъ такъ называемыя „приданыя деньги“ имѣютъ притязаніе наслѣдники 476, X, 1171). Подъ частныя обязательства деньги монаховъ не могутъ быть отдаваемы (IX, 423). Это не значитъ, натурально, что отданныя такимъ образомъ деньги имѣютъ стать добычей обманщика, съумѣвшаго ихъ выманить, хотя неопредѣленность законоположенія и строгость отвѣтственности провинившагося монаха легко можетъ фактически вести къ этому нежелательному результату. Монашествующимъ воспрещено *принимать показы*, кромѣ книгъ, *ходатайствовать* по дѣламъ, не касающимся духовнаго вѣдомства, *передъ судомъ*, кромѣ дѣлъ своей обители, по порученію монастырскаго начальства, *быть поручителями* (IX, 421, т. X, 2101). Признанный закономъ источникъ ихъ личнаго обезпеченія имуществомъ составляетъ продажа собственныхъ рукодѣлій чрезъ посредство престарѣлой братіи и съ дозволенія монастырскаго начальства (420).

Изъ общей неправоспособности монашествующихъ къ commercium mortis causa законъ дѣлаетъ отступленія въ пользу способности совершать духовныя завѣщанія *для монашествующихъ властей* и въ пользу способности монаховъ вообще пріобрѣтать изъ актовъ послѣдней воли, когда предметъ завѣщательнаго распоряженія составляютъ *иконы, панагіи, наперсные кресты и книги духовнаго*, нравственнаго и ученаго *содержанія* (стр. II. С. З. № 12577, IX, 424, X, 1025 и примѣч.; ст. 1054 прим. т. X, приведенная у Цвѣткова № 415, не относится къ праву монаха совершать завѣщаніе, на случай своей смерти, о своемъ имуществѣ, а къ *весьма характерному праву монаха быть свидѣтелемъ, послухомъ, у чужой духовной грамоты*).

Мы сказали выше, что возможно, съ нѣкоторыми оговорками, поставить принятіе иночества въ число способовъ *прекращенія* гражданской личности. Эти оговорки мы сдѣлали выше. Но существеннѣйшая разница между этимъ явленіемъ и подлиннымъ *понятіемъ прекращенія личности* заключается въ томъ, что обѣтъ монашескій составляетъ актъ добровольный и по существу современнаго воззрѣнія на личность человѣка, какъ на

неотъемлемое его свойство, отнюдь *не прекращает*, въ силу принятаго имъ обѣта, *его правоспособность* безповоротно и разъ навсегда. Выраженіе *единожды навсегда* (ст. 418) относится лишь къ имуществу, которое не возвращается монаху, хотя бы онъ впослѣдствіи и сложилъ свое званіе и возвратился въ состояніе гражданское. И такъ, хотя духовное званіе вообще и иночество въ особенности принимается не на опредѣленный срокъ, но крайне приниженное состояніе цивильной личности монаха длится лишь до тѣхъ поръ, пока отвѣчаетъ длящейся потребности самоотреченія, *а не въ силу формальной обязательности* даннаго обѣта. Каноническое право угрожало, правда, анаѳемой за этотъ видъ апостазію не только монаху, но и священнику, оставляющему санъ (Халкидонскій соборъ; см. указ. выше Учебн. Церк. пр. Н. Суворова, стр. 350 и 415); но современное государство не лишаетъ эти лица права вернуться въ ихъ прежнее состояніе.

Русское законодательство допускаетъ прошенія о сложеніи сана и монашескаго званія, хотя предупреждаетъ легкомысленные акты этого рода увѣщаніями и сопровождаетъ тяжелыми ограниченіями, особенно въ выборѣ мѣста жительства для монаха.

Но и независимо отъ этого законъ церковный и свѣтскій не искупаетъ нынѣ, какъ это было въ старину (о чемъ ниже) вмѣненіемъ союзу проступковъ и преступленій, совершенныхъ лицами бѣлаго и чернаго духовенства, а угрожаетъ имъ „извержеміемъ“ изъ званія и общей, какъ для другихъ гражданъ, отвѣтственностью по закону.

Городское сословіе, именуемое въ законѣ *среднимъ родомъ людей*, пользовалось долгое время разными сферами дѣятельности торговой и промышленной на началахъ сословной привилегіи. Съ расширеніемъ, однако, свободы промысловъ и торговли на всѣ классы населенія, права этого сословія стали представлять собою скорѣе *типъ нормальной общей правоспособности*, чѣмъ отступленіе отъ нея. Ограниченіе права лицъ купеческаго сословія производить тѣ или другія операціи, или владѣть имуществомъ выше извѣстной цѣнности не есть ограниченіе цивильной правоспособности, а лишь способъ обложенія промысловъ и торговли (IX, 503 508, 509, 532, а также положеніе о пошлинахъ за право торговли въ изд. Устава торговаго и проч. г. Д. А. Носенко, въ приложеніи).

Состояніе сельскихъ обывателей, включавшее въ себѣ массу самыхъ разнообразныхъ группъ и разрядовъ частью свободнаго,

частью несвободнаго населенія, постепенно поднималось, со времени освободительныхъ актовъ прошлаго царствованія, до общаго уровня гражданской правоспособности. Узы частно-правной зависимости окончательно прекращены для бывшихъ помѣщичьихъ крестьянъ лишь 1-е января 1883 года, съ какового срока весь кругъ лицъ, состоявшихъ еще въ обязательныхъ отношеніяхъ къ помѣщику, переведенъ съ оброчной повинности на выкупные платежи и причисленъ къ разряду крестьянъ-собственниковъ. Принадлежность къ сельскому состоянію, не закрывая нынѣ путей къ общей гражданской правоспособности, *ставитъ*, однако, *крестьянъ въ нѣкоторыя особыя отношенія къ ихъ обществамъ и подчиняетъ отдѣльной юрисдикціи судебныхъ и административныхъ по крестьянскимъ дѣламъ установленій.*' Съ нѣкоторыми изъ имѣющихъ силу только для крестьянъ институтовъ имущественнаго характера мы ознакомимся въ разныхъ мѣстахъ нашей системы. Для устройства крестьянскаго семейнаго быта и для порядка наслѣдованія у крестьянъ законъ указываетъ особый источникъ права въ мѣстномъ крестьянскомъ обычаѣ (т. IX кн. 1, разд. 4-й, ст. 676, 678, 680) [1]).

F.

Званіе, въ особенности военное, въ вопросахъ правоспособности. — Случаи несовмѣстимости нѣкоторыхъ положеній и обязательствъ съ занимаемой лицомъ должностью.

Постоянное занятіе, въ видѣ промысла, служебное положеніе лица, его *званіе*, оказываютъ и нынѣ, хотя въ неизмѣримо меньшей степени, чѣмъ въ старое время, нѣкоторое вліяніе на правоспособность лица. Несомнѣнно, что эти признаки, постоянное занятіе, профессія, Beruf, Berufsstände, составляли, въ условіяхъ прежняго соціальнаго быта, главную основу, на которой держалось самое различіе не только профессіональныхъ, но и сословныхъ группъ. Исторія образованія и разложенія союзныхъ

[1]) Для изученія практическаго примѣненія Положенія о сельскомъ состояніи и случаевъ коллизіи особыхъ правъ для крестьянъ съ общей ихъ же правоспособностью и съ правами гражданскими вообще большую цѣну имѣютъ работы Г. И. Данилова, состоящаго за оберъ-прокурорскимъ столомъ, частью уже вторично изданныя, подъ общимъ заглавіемъ: „Положеніе о сельскомъ состояніи", и его же „Сборникъ рѣшеній 1-го Департамента Правительствующаго Сената по крестьянскимъ дѣламъ"; а въ истекшемъ 1889 году особое вниманіе обращаетъ на себя обширный, хорошо обработанный и удобный для пользованія „Сборникъ рѣшеній Правительствующаго Сената по крестьянскимъ дѣламъ", изданный съ разрѣшенія г. министра юстиціи оберъ-прокуроромъ 2-го Департамента Правительствующаго Сената И. Л. Горемыкинымъ, нынѣ въ 3-емъ изд. значительно разработанномъ и дополненномъ.

формъ стараго времени, тѣсной зависимости, въ которой находилась отдѣльная личность отъ опредѣлявшей ея положеніе соціальной группы, представляетъ любопытнѣйшую сторону культурной исторіи европейскихъ обществъ.

Отъ этого господства союзныхъ формъ, исповѣдныхъ, сословныхъ, профессіональныхъ, которыми опредѣлялось все положеніе отдѣльнаго человѣка въ средніе вѣка, остаются и нынѣ часто очень глубокіе слѣды солидарности членовъ одной группы между собою и отрицательнаго отношенія къ другимъ группамъ *въ нравахъ въ особенности*, иногда и въ правѣ. Мы имѣемъ въ виду здѣсь вліяніе этихъ моментовъ на положеніе лица собственно *въ гражданскихъ правоотношеніяхъ*. Не у насъ только, но и на западѣ въ нѣкоторыхъ государствахъ еще весьма значительно обособленіе *людей военнаго званія*, частью въ нравахъ, частью въ правоспособности. Прусскій ландрехтъ объявляетъ ничтожными заемныя сдѣлки субалтерныхъ офицеровъ, совершонныя ими безъ одобренія начальства, со свойственной прусскому военному генію безповоротностью (см. Ландрехтъ, ч. I, тит. 11, § 684: der Gläubiger hat *niemals* die geringste Wiederzahlung zu hoffen, а все, что было бы уплачено, то имѣетъ безвозвратно, zur Strafe, поступать *въ пользу фиска* [1]).

Наше законодательство неизмѣримо гуманнѣе поступаетъ въ этихъ случаяхъ, облегчая офицерамъ путь къ кредиту особыми мѣрами (см. № 107 Собр. узак. за 1890 г. Положеніе объ офицерскихъ заемныхъ капиталахъ; ср. еще для взысканія по векселямъ ст. 654 Уст. Торг., теперь 105 Уст. о векс. и прилож. къ ней п. 9), и съ другой стороны, ограничивая для лицъ, желающихъ посвящать себя военно-служебной профессіи, *право ихъ вступать въ союзъ супружескій особыми требованіями*. Денежные рессурсы военно-служащихъ весьма ограничиваются существующими взглядами на обязательныя для этого званія приличія. И такъ, напр., офицерамъ и нижнимъ чинамъ хотя и не воспрещено брать промысловыхъ и купеческихъ свидѣтельствъ, но они не могутъ, состоя на дѣйствительной службѣ, сами управлять своими заведеніями для промышленности и сами торговать, а должны брать управляющихъ, приказчиковъ, повѣренныхъ; производить торговлю крѣпкими напитками военно-служащимъ вовсе воспрещено. Натурально, военно-служебная профессія, при массѣ требованій, которыя ставитъ служба, и при нѣкоторыхъ стѣсне-

[1]) Нѣкоторое низведеніе гражданск. дѣеспособности, напоминающее нашихъ сибирскихъ инородцевъ, нынѣ отмѣненное (Konrad Cosack—Lehrb. d. deutsch. bürg. R., стр. 76, пр. 5).

ніяхъ общей правоспособности, должна обезпечивать служащихъ по возможности въ полной мѣрѣ. Такое обезпеченіе крайне обременительно для государственной казны, но оно станетъ совершенно невыполнимымъ, если военно-служащіе будутъ въ правѣ также свободно осложнять свои семейныя обязанности, какъ люди свободныхъ профессій. Отсюда рядъ ограниченій in jure connubii для военно-служащихъ. Священникамъ воспрещено вѣнчать ихъ браки безъ разрѣшенія подлежащаго начальства. Брачное совершеннолѣтіе для офицеровъ 23 года, при чемъ для лицъ, достигшихъ этого возраста, но не имѣющихъ 28 лѣтъ въ сухопутномъ вѣдомствѣ и 25 въ морскомъ, разрѣшеніе вступить въ бракъ дается не иначе, какъ по представленіи реверса (имущественное обезпеченіе не ниже 250 руб. годовой доходности). Вовсе воспрещается вступленіе въ бракъ нижнимъ чинамъ, состоящимъ на дѣйствительной обязательной военной службѣ. Такъ какъ воспрещенія эти условлены „особенностями военной службы“, то военное начальство диспензируетъ подвѣдомственныхъ офицеровъ отъ ихъ ограниченій, когда находитъ это цѣлесообразнымъ, какъ, напр., въ нѣкоторыхъ родахъ службы на окраинахъ и въ отдаленныхъ командахъ, гдѣ иначе было бы затруднительно пополненіе должностей. Эти виды ограниченій не влекутъ за собою ничтожества совершившагося брака, если нѣтъ другихъ условій, влекущихъ за собой его недѣйствительность, и всѣ послѣдствія ихъ нарушенія ограничиваются служебнымъ взысканіемъ и, конечно, устраненіемъ неудобствъ, проистекающихъ отъ этого для военной службы. Это суть leges minus quam perfectae, но они все-таки составляютъ нѣкотораго рода ограниченіе in jure connubii, ибо духовныя лица, безъ коихъ не можетъ быть совершонъ бракъ, обязаны требовать отъ лицъ, состоящихъ на службѣ военной и гражданской, письменнаго дозволенія вступить въ бракъ, безъ коего имѣютъ отказывать въ совершеніи обряда вѣнчанія. Это требованіе существуетъ стало быть не для военно-служащихъ только, но указанныя выше мѣры повышеннаго брачнаго совершеннолѣтія и матеріальнаго обезпеченія установлены именно для лицъ военнаго званія (ср. т. X, ч. I, ст. 9 и приведенныя здѣсь ссылки, или по Гожеву №№ 626 и слѣд. 11628 и слѣд.; нынѣ слѣдуетъ особ. имѣть въ виду Уст. о воинс. повин. изд. 97 г. ст. 28). Слѣдуетъ прибавить, что командиръ, дающій разрѣшеніе на вступленіе въ бракъ, обязанъ разсмотрѣть его *пристойность* для офицера (Собран. Узакон. 1887 г. № 112). Нѣм. код. 96 г., требуетъ для военно-служащихъ, при вступленіи ихъ въ бракъ, особаго дозволенія начальства (art. 1315).

Въ массѣ случаевъ *принятіе* на себя лицомъ *извѣстныхъ обязательствъ исключаетъ* для этого лица *возможность*, безъ нарушенія этихъ обязательствъ, *вступать въ другія*, находящіяся въ противорѣчіи съ первыми. Такъ, лица, вступившія въ договоръ товарищества (societas) для извлеченія выгодъ изъ какого либо предпріятія, не въ правѣ одновременно съ этимъ, въ ущербъ товариществу, эксплуатировать тоже предпріятіе въ цѣляхъ личныхъ, способныхъ повредить достиженію общей цѣли. Это будетъ долговное дѣйствіе, за которое виновный въ нанесеніи ущерба можетъ быть привлеченъ къ отвѣтственности. Точно то же въ случаяхъ договора довѣренности. Повѣренный, обязанный, напр., принимать мѣры къ повышенію цѣнъ извѣстнаго товара, не въ правѣ, безъ опасности отвѣчать за свои дѣйствія, обязаться передъ другими лицами въ смыслѣ противоположномъ, т.-е. въ смыслѣ пониженія цѣнъ. Совершенно также невозможно принять на себя обязанность выполненія извѣстныхъ дѣйствій и контроля надъ вѣрностью, положимъ, ихъ выполненія. *Во всѣхъ этихъ* и подобныхъ *случаяхъ несовмѣстимости 2-хъ ролей* съ существомъ извѣстнаго обязательства *мы не говоримъ объ ограниченіи гражданской правоспособности* товарища, повѣреннаго, контролера, въ особенности, а разумѣемъ такое стѣсненіе свободы дѣйствій какъ отрицательную сторону принятаго на себя положительнаго обязательства. Обязался достигать общихъ выгодъ, быть солидарнымъ съ товарищами, стало быть, не вправѣ идти противъ нихъ, и это тѣмъ болѣе, что *къ сдѣлкамъ этого рода никто силой не нудитъ* и, вступая въ нихъ, лицо, несомнѣнно, имѣетъ все время сосчитать свои выгоды.

Если такія обязательства, основанныя на довѣріи, требующія солидарности лица обязавшагося съ вѣрителемъ, огражденія его интересовъ, охраны имущества, *связаны съ особой должностью* и возлагаются на лицо въ силу, допустимъ, его служебнаго положенія, то это, несомнѣнно, будетъ по юридической сущности свободнымъ договорнымъ обязательствомъ, а отнюдь *не ограниченіемъ гражданской правоспособности лица*. Нѣкоторые изъ нашихъ систематиковъ, вслѣдъ за Мейеромъ, къ сожалѣнію, иначе смотрятъ на дѣло. И такъ, для сторожа, обязаннаго стеречь казенный лѣсъ отъ порубокъ, не будетъ *стѣсненіемъ его правоспособности*, если и съ него (надзирателя) не только взыщутъ за его порубку, но еще особо воспретятъ такія операціи, гдѣ обязанность надзора за чужимъ добромъ приходитъ въ опасный конфликтъ съ личнымъ интересомъ надзирателя. Ограниченій гражданской правоспособности въ такомъ родѣ можно было бы

насчитать очень много. Сюда войдетъ не только вся система договорныхъ обязательствъ, а также и обязательства, возникающія изъ недоговорныхъ отношеній. На самомъ дѣлѣ это не будетъ ограниченіемъ правоспособности, а простой консеквенціей или независимыхъ отъ спеціальныхъ соглашеній общихъ обязанностей, или особыхъ возникающихъ именно изъ такихъ соглашеній [1]).

Таможенные чиновники, нотаріусы, браковщики, аукціонисты не могутъ участвовать въ операціяхъ, надворъ за коими или соучастіе въ коихъ въ извѣстномъ направленіи составляютъ ихъ обязанность. Акцизный чиновникъ не можетъ устраивать вновь или брать въ аренду заводы для выдѣлки питей въ той губерніи, гдѣ состоитъ на службѣ. И это тоже будетъ ограниченіе гражданской правоспособности въ силу должности? Взглядъ совершенно ошибочный, ибо въ такомъ случаѣ и прелюбодѣяніе сведется къ простому понятію ограниченія гражданской правоспособности, установленнаго для лицъ, вступившихъ въ союзъ супружества, а не преступнаго дѣйствія, составляющаго нарушеніе супружеской вѣрности. Служащій по соляному управленію не можетъ вести торга солью; инспекторъ дороги не въ правѣ принимать на себя управленіе ею. Такихъ воспрещеній масса. И несомнѣнно, что необходимость все это напоминать особо: смотри за другими, *но и самъ не расхищай*, всѣ эти *явленія совмѣстимости*, противъ коихъ никогда нельзя досказать всѣхъ потребныхъ оговорокъ, служатъ печальнымъ знаменіемъ времени.

Юриспруденція не должна создавать рубрикъ, какъ будто назначенныхъ для маскированія сути дѣла въ этихъ случаяхъ. Совмѣщеніе надвора и поднадзорной дѣятельности заключаетъ въ себѣ слишкомъ явные признаки намѣренія уйти самому отъ надзора, котораго нѣтъ основанія избѣгать человѣку добросовѣстному. И такое лицо, прежде чѣмъ успѣло воспользоваться выгодами своего положенія, несомнѣнно, теряетъ право на довѣріе, ему оказанное, должно быть устранено отъ дѣла, хотя бы и не успѣло воспользоваться преступнымъ образомъ выгодами созданнаго себѣ положенія. Требованіе вѣрности долгу, частному, семейному, публичному, не есть ограниченіе гражданской правоспособности, а нарушеніе этой вѣрности не есть возвратъ утраченной силой обстоятельствъ полноты гражданской правоспособности, а дѣйствіе неправильное или преступное, долженствующее повлечь за собою болѣе или менѣе тяжкія послѣдствія для виноватаго, независимо

[1]) Ст. 721 Уст. о службѣ, и о которой сейчасъ будетъ сдѣлано указаніе, говоритъ: служащимъ чиновникамъ запрещается участвовать въ пріобрѣтеніи имуществъ, продажа коихъ препоручена имъ отъ правительства.

отъ особыхъ клаузулей договора, служебныхъ инструкцій, уставовъ и проч.

Нашъ Сводъ законовъ правильно заноситъ многія ограниченія такого рода въ соотвѣтствующіе *уставы о службѣ гражданской*, въ уставы таможенный, торговый, врачебный. Иногда, однако, эта точка зрѣнія остается невыдержанной. Такимъ образомъ, простая мѣра обезпеченія надежности дипломатической службы указана въ ст. 66 т. X ч. 1-ой какъ бы особое ограниченіе in jure connubii для дипломатовъ. *Дипломатъ не долженъ безъ разрѣшенія начальства вступать въ бракъ съ иностранкой*, и вступленіе въ такой бракъ обязываетъ жену продать принадлежащія ей въ чужихъ краяхъ имѣнія. Иначе мужъ обязанъ оставить дипломатическую службу. Это *устраненіе* чисто конвенціональнымъ образомъ *совмѣщенія интересовъ*, которые могутъ оказаться несовмѣстимыми... и только.

Для совершенія актовъ на имѣнія или капиталы, принадлежащія казначеямъ, ихъ женамъ или дѣтямъ, требуется дозволеніе ихъ начальствъ (ст. 784 т. X по изд. 57 и 718 по изд. 87 и 900 гг., см. оговорки въ концѣ статьи). Это грубая форма *запрещенія на имущество частныхъ лицъ*, коимъ предупреждается опасность несостоятельности ихъ на случай начетовъ, и ничего болѣе.

Такой же характеръ предупрежденія опаснаго совмѣщенія ролей виденъ въ запрещеніи карантиннымъ чиновникамъ и служителямъ быть душеприкащиками или легатаріями по завѣщаніямъ лицъ, пребывающихъ въ ихъ карантинномъ надзорѣ (въ изд. X т. ч. 1, 57 ст. 786, въ 1887 г. ссылка на Уст. Врач. ст. 1211, прод. 1886 г.).

Ограниченія въ правѣ чиновниковъ вступать въ казенные подряды и поставки, прежде помѣщавшіеся въ X т., нынѣ, въ изд. 1887 г., указаны въ уставѣ о службѣ по опредѣленію отъ правительства (изд. 1876 г. ст. 529, п. 2—4); ограниченія для купеческаго сословія тѣхъ мѣстъ, гдѣ производятся казенныя предпріятія или торги въ Общ. Учрежд. Губернскомъ (изд. 1876 г. ст. 1357 п. 5), въ Городов. Полож. (изд. 1886 г. ст. 102), въ Уст. Лѣсномъ (ст. 242, примѣч. по продолж. 1887 г. [1]) и въ Зак. о Состоян. изд. 1876 г. ст. 645 и 646, въ изд. 99 г. прилож. къ ст. 582 (прим. 1) ст. 46 и 47). Вступающія въ

[1]) Теперь эти изданія замѣнены новыми, общее указаніе на которыя видны въ перечнѣ дѣйствующ. изданн. и продолж. отъ 1900 г. (приложенъ при послѣдн. изд. IX т.); справки легко сдѣлать при помощи сравнительныхъ указателей спеціальныхъ изданій.

обязательства съ казною лица, имѣющія денежныя сдѣлки со служащими въ томъ мѣстѣ, гдѣ производится подрядъ, прежде совершонныя, должны объявить о семъ начальству до заключенія договора (ст. 11 Полож. о казен. подряд. и поставк. и примѣч. къ ней, въ особ. прил. къ X т. ч. 1).

Особ. положеніе противъ „совмѣстительствъ“ [1]) см. въ прод. Св. Зак. 1890 г. Уст. Служб. Прав., ст. 528 и слѣд.; нынѣ въ Уст. о служ. отъ правит. изд. 96 г. ст. 721 и слѣд., особ. 733 и слѣд. (по 1-му изд. Общ. Польза, столб. 74 этого устава).

G.

Гражданское безчестіе. — Средніе вѣка. — Незаконнорожденные. — Внѣбрачныя дѣти по закону 12 марта 1891 г. — Общее положеніе внѣбрачныхъ дѣтей у насъ сравнительно съ Code civil и Имперск. уложеніемъ 1896 г. — Низкія профессіи. — Случаи infamia immediata у насъ и пониженія правоспособности по суду. — Законъ 26 іюня 1889 г. о регистраціи случаевъ видоизмѣненія право- и дѣеспособности лица.

Гражданское безчестіе. Въ тѣснѣйшей связи съ различіями состояній и сословій, къ коимъ принадлежитъ лицо, развивалось повсюду въ новое время воззрѣніе на честь, достоинство лица, и на разные виды умаленія чести, низведенія или лишенія правъ состоянія, которые постигаютъ людей и вліяютъ на ихъ гражданскую правоспособность. Вопросы личной чести и достоинства широко обнимаютъ собою явленіе соціальныхъ отношеній, не ограничиваясь юридически опредѣленной сферой. Они много живѣе какихъ-либо общеизвѣстныхъ и общеобязательныхъ нормъ. И при отсутствіи нормъ юридическихъ мы видимъ постоянно вліяніе на отдѣльныя сферы юридическихъ отношеній тѣхъ или другихъ взглядовъ на честь и достоинство лица. Эти взгляды коренятся нерѣдко въ политическихъ, исповѣдныхъ, сословныхъ, племенныхъ, родовыхъ, даже семейныхъ преданіяхъ и нравахъ. Они часто не только неизвѣстны, но и непонятны внѣ круга лицъ, съ ними сжившихся. Въ этомъ обширномъ и живомъ примѣненіи оцѣнка достоинства лица и его чести ни въ одномъ законодательствѣ не составляетъ предмета позитивнаго нормиро-

[1]) Особенно слѣдуетъ обратить вниманіе на „несовмѣстимость“ многихъ высокихъ государственныхъ должностей съ гроидерствомъ или соучастіемъ въ денежныхъ и промышленныхъ предпріятіяхъ, чего именно съ усердіемъ искали добиться въ особенности предпріятія дутыя, выставляя на видныя въ безнадежномъ дѣлѣ мѣста подобныхъ „сиренъ“, превосходно вознаграждавшихся за эту роль фальшивыхъ маяковъ для легкомысленной публики, дѣлавшейся такимъ образомъ жертвой предпринимательскаго грабежа.

ванья. Право лишь позволяетъ принимать такимъ воззрѣніямъ болѣе или менѣе опредѣленную форму осужденія извѣстнымъ кругомъ людей отдѣльныхъ поступковъ, всего поведенія, образа жизни характера отдѣльнаго лица. Но сила этихъ воззрѣній далеко не ограничивается случаями закономъ допускаемаго со стороны общества осужденія.

Средніе вѣка были въ особенности богаты различеніями достоинства лицъ по весьма разнообразнымъ признакамъ. Здѣсь, прежде всего, видную роль играло происхожденіе человѣка въ бракѣ и внѣ брака, въ бракѣ равномъ и неравномъ. Чѣмъ выше ставила церковь и общественное сознаніе значеніе союза брачнаго, тѣмъ полнѣе было отрицаніе дѣтей, происшедшихъ внѣ этого освященнаго союза или въ условіяхъ особо возбраненныхъ церковью половыхъ связей. Несмотря на коренное измѣненіе воззрѣній во французскомъ обществѣ въ исходѣ прошлаго столѣтія, дѣти, рожденныя отъ прелюбодѣянія или отъ кровосмѣшенія (enfants adultérins et incestueux), остаются неспособными къ легитимаціи и по Code civil (art. 331) [1]).

Чѣмъ тѣснѣе была въ ту пору связь публичныхъ и приватныхъ правъ, тѣмъ тяжелѣе были послѣдствія этого непризнанія незаконнорожденнаго членомъ союза семейнаго. За этимъ шли разнообразныя лишенія не только въ области публичныхъ должностей, но даже въ правѣ состоять членомъ цехового союза. Вмѣстѣ съ разрѣшеніемъ этой связи juris privati съ jus publicum, съ паденіемъ цехового строя, положеніе лицъ, внѣ брака рожденныхъ въ смыслѣ ихъ приватной правоспособности, сглаживается въ самой значительной степени.

Чтобъ составить себѣ понятіе о томъ безправномъ положеніи, которое соединяло старое русское право съ внѣбрачнымъ рожденіемъ, достаточно взять 280 ст. гл. X Уложенія со всей энер-

---

[1]) Это отрицательное воззрѣніе, котораго не могло устранить общественное сознаніе изъ нормъ закона. Нельзя, однако, сказать, чтобы юридическая практика съ особой настойчивостью проводила этотъ взглядъ въ жизнь, отягчая такимъ образомъ и безъ того тяжелую участь дѣтей этой категоріи. Наоборотъ. Въ актахъ гражданскаго состоянія несчастныя условія подобныхъ рожденій могутъ маскироваться, ибо officier de l'état civil не обязанъ настаивать на объявленіи имени матери, когда она этому противится. Нельзя заставить и акушерку непремѣнно выдать имя матери вопреки профессіональной тайнѣ. Нерѣдко побужденіемъ ограждать эту тайну служитъ опасеніе толкнуть роженицу на дальнѣйшій преступный шагъ. Выходъ изъ коллизіи часто бываетъ крайне затруднителенъ, и немудрено, что въ этихъ условіяхъ практика метрическихъ записей очень далека отъ однообразія. Однако, ни въ какомъ случаѣ, хотя бы этого прямо требовали виновники подобнаго рожденія акты гражданскаго состоянія не должны служить средствомъ удостовѣренія кровосмѣсительнаго или прелюбодѣйнаго происхожденія дитяти (C. c. art 335. Контроверзныя воззрѣнія на вопросъ см. у Planiol, т. I, № 530 и 2847).

гіей укоризны, которою преисполненъ весь строй этой статьи: „а буде кто съ кѣмъ побранятся, назоветъ кого выблядкомъ, и тотъ кого онъ назоветъ выблядкомъ, учнетъ на него Государю бити челомъ безчестье, и съ суда сыщется про того челобитчика допряма, что онъ не выблядокъ, и ему на томъ, кто его назоветъ выблядкомъ, велѣть по сыску доправить безчестье въ двое безовсякія пощады. А будетъ про то челобитчика въ сыску скажутъ, что онъ прямой выблядокъ, прижитъ отъ наложницы до законные жены, или и при законной женѣ, или послѣ законной жены, и такимъ выблядкомъ въ безчестьяхъ отказывать и къ законнымъ дѣтемъ... не причитать и помѣстей и вотчинъ.. не давать. А будетъ тотъ, кто того выблядка у наложницы прижилъ, на той наложницѣ и женится, и ему, того выблядка въ законныя дѣти не причитать-же, помѣстей и вотчинъ тому выблядку недавать, потому что онъ того выблядка прижилъ у наложницы своей беззаконно до женитвы".

И такъ, въ классѣ привилегированномъ положеніе незаконнорожденныхъ совсѣмъ безправное, а классы низшіе, хотя бы и искали обезпечить права за таковыми, несли въ старину больше тягостей, чѣмъ имѣли правъ [1]).

Съ измѣнившимися отношеніями сословій и съ обособленіемъ права публичнаго и частнаго, наше законодательство держалось въ правѣ узаконенія незаконнорожденныхъ все еще на точкѣ зрѣнія Уложенія и не знало иныхъ формъ легитимаціи, кромѣ *сопричтенія къ законнымъ дѣтямъ силой особыхъ Высочайшихъ*

---

[1]) Забота о сохраненіи жизни „зазорныхъ младенцевъ" опредѣлилась давно въ нашемъ законодательствѣ (см. П. С. З., № 2855) и составляетъ нынѣ обширную отрасль управленія. Не надо думать, что указан. статья Уложенія характеризуетъ національное русское воззрѣніе на вопросъ. Скорѣе это взглядъ *эпохи*, когда интересъ публичный, начало *службы*, поглощало всѣ подлинныя основы національнаго частнаго права. И тутъ все дѣло въ томъ, чтобы *помѣстей и вотчинъ тому выблядку недавать*. Не дастъ ли намъ отвѣта на вопросъ о легитимаціи незаконнорожденныхъ старина новгородская, гдѣ служилое землевладѣніе не только не поглощало всего частнаго права, но именно противъ него-то вообособенности и направляли новгородцы свои усилія въ договорн. грамотахъ съ князьями? Недавно открытый и публикованный московск. профес. А. С. Павловымъ „Неизданный памятникъ русскаго церковнаго права XII в", который составляетъ поученіе новгородскаго владыки XII в. духовенству, отвѣчаетъ намъ прямо на вопросъ, какъ онъ поставленъ Уложеніемъ (будетъ тотъ кто того выблядка у наложницы прижилъ на той наложницѣ и женится,—ему того выблядка въ закон. дѣти причитать ли?). Въ указан. изданіи профес. Павлова (Журн. М. Нар. Пр. 90 г., октябрь) нашелъ *самое древнее свидѣтельство о существованіи на Руси обычая приписывать къ родителямъ дѣтей для ихъ узаконенія* въ глазахъ церкви и христіанскаго общества. Подобный обычай у сербовъ въ первой полов. XIII в. (указ. стат. стр. 7). Это, конечно, ближе къ Константиновой (Великаго) легитимаціи, чѣмъ взглядъ Уложенія. Тоже см. Нѣм. Код. 96 г., ст. 1719 и Ост. Код. ст. 173, гдѣ указанія на латинск. источн.; однако, для enfants incestueux см. Нѣм. Улож. 96 г. ст. 1310.

указовъ. За исключеніемъ этихъ случаевъ, гдѣ могутъ такому легитимированному быть присвоены всѣ права законнымъ дѣтямъ по роду и наслѣдству принадлежащія (т. X, ч. 1, ст. 1119 и ст. 133 и 144), права незаконнорожденныхъ въ союзѣ семейственномъ и родственномъ совершенно ничтожны (Улож. о наказ. ст. 994, т. X, ч. 1, ст. 663 и 666). Изъ опасенія обхода закона, столь строгаго въ дѣлѣ *узаконенія* своихъ незаконнорожденныхъ, законодатель, въ прежнихъ условіяхъ (до указа 12 марта 91 г.) оговаривалъ недопустимость и *усыновленія своихъ* незаконнорожденныхъ. Не говоря о дворянахъ потомственныхъ, которымъ предоставлено было усыновлять своихъ только *законнорожденныхъ* родственниковъ, для личныхъ дворянъ особенно было оговорено *запрещеніе усыновлять своихъ незаконнорожденныхъ дѣтей* (т. X ч. 1, ст. 145, по изд. 57 г. примѣч. по Прод. 79 г. п. 2); для усыновленія купцами требовалось удостовѣреніе, что усыновляемый подкидышъ (ст. 152 тамъ же). Лишь именно для подкидышей и непомнящихъ родства, притомъ, когда усыновитель есть мѣщанинъ или сельскій обыватель, а также иностранецъ, усыновленіе допускается безъ особыхъ изслѣдованій кровной связи усыновленнаго съ усыновителемъ. Въ условіяхъ этого порядка, родителямъ, искавшимъ установить семейную связь для своихъ незаконнорожденныхъ, не оставалось другого пути кромѣ фальсификаціи подкидыванья.

Подъ вліяніемъ новаго закона 12 марта 1891 г. положеніе дѣтей внѣбрачныхъ существенно измѣнилось въ томъ смыслѣ, что для нихъ открыта, совершенно независимо отъ сословнаго вопроса, возможность стать въ нормальныя семейныя и родственныя отношенія съ соотвѣтствующимъ расширеніемъ ихъ гражданской правоспособности въ сферѣ этихъ отношеній Для такого расширенія ихъ правоспособности законъ не требуетъ ничего кромѣ послѣдующаго вступленія въ бракъ ихъ родителей или усыновленія ихъ посторонними имъ лицами. Весь этотъ коренной поворотъ въ положеніи внѣбрачныхъ дѣтей коротко выраженъ въ двухъ статьяхъ, введенныхъ нынѣ въ составъ т. X, ч. 1, 144^1 и 145.

Узаконеніе непримѣнимо лишь въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ по тѣмъ или инымъ причинамъ (особенно для 2-хъ категорій внѣбрачнаго рожденія, для enfants adultérins и incestueux) недопустимо вступленіе родителей въ послѣдующій бракъ. Но и для этой категоріи дѣтей вполнѣ возможно возмѣщеніе легитимаціи адопціей ихъ въ составъ чужой семьи.

Такимъ образомъ для внѣбрачныхъ дѣтей не существуетъ уже

нынѣ сплошного приниженнаго въ семейномъ и родственномъ союзѣ безвыходнаго положенія.

Но тамъ, гдѣ фактически внѣбрачныя дѣти не воспользуются льготами указа 12-го марта 1891 года, легальное положеніе незаконнорожденныхъ въ ихъ отношеніи къ родителямъ по нашему дѣйствующему законодательству несравненно хуже, чѣмъ по дѣйствующему французскому кодексу и новому германскому гражданскому Уложенію 96 года.

Главнѣйшія отличія обѣихъ этихъ системъ отъ нашей заключаются въ томъ, что по Code civil связь естественная, filiation naturelle, служитъ основой взаимныхъ притязаній къ наслѣдованію между внѣбрачными дѣтьми и ихъ родителями. Не нужно ни легитимаціи, ни адопціи, для этого эфекта; достаточно простого (правда чрезъ актъ публично-достовѣрный) признанія (reconnaissance) такого дитяти, сдѣланнаго до его рожденія, при жизни, даже по смерти enfant naturel, чтобъ эфектъ наслѣдованія въ имуществѣ отца или матери и обратно наступилъ для него. Размѣръ соучастія зависитъ отъ конкурренціи enfant naturel съ другими лицами, связанными законнымъ родствомъ (C. c. art. 757, 758, 765). Отличіе въ этомъ отношеніи enfant naturel отъ другихъ по системѣ Code'a заключается въ томъ, что la parenté naturelle n'a qu'un degré (подробности см. въ ученіи о семейномъ и родственномъ союзѣ).

Система имперскаго уложенія 96 года значительно выше дѣйствующей французской по крайней мѣрѣ по отношенію къ материнству внѣбрачнаго дитяти. Статья 1705 Нѣм. код. говоритъ: „внѣбрачное дитя по отношенію къ матери и ея родственникамъ занимаетъ юридическое положеніе дитяти, родившагося въ бракѣ“ (подробности позже).

Положеніе незаконнорожденныхъ дѣтей по нашему праву, если они не узаконены или не усыновлены, въ отношеніи семьи и родства юридически есть такое же уединенное и отверженное, въ какое французскій кодексъ ставитъ только enfants adultérins и incestueux, т.-е. имъ не предоставлено никакого притязанія къ имуществу матери, евентуально отца, кромѣ правъ на алименты (см. выше указ. ст. т. X 1 ч. и Улож. о нак.).

Внѣ этого круга отношеній и притязаній правоспособность, именно цивильная, ничѣмъ нынѣ юридически не оттѣняется у насъ, какъ и на западѣ для незаконнорожденныхъ сравнительно съ законнорожденными.

Средніе вѣка знали массу *профессій*, которыя не гармонировали съ тѣмъ или другимъ сословнымъ положеніемъ лица. Отъ

этого остаются нынѣ очень незначительные слѣды, если самая профессія, самый промыселъ не разсматривается какъ предосудительный и гнусный. Къ числу такихъ предосудительныхъ профессій средніе вѣка относили профессію *ростовщика*, содержателя публичнаго дома, публичной женщины, канатнаго плясуна, живодера, палача (сюда же шелъ бродяга и цыганъ). По отношенію къ этимъ людямъ, частью къ ихъ потомству, особенно по отношенію къ палачу, законъ смягчалъ нерѣдко или вовсе отмѣнялъ отвѣтственность за нанесеніе имъ обидъ, не признавалъ ихъ достовѣрными свидѣтелями, допускалъ исключеніе изъ разныхъ союзовъ и проч. [1]). Несомнѣнно, что нынѣ, во всѣхъ случаяхъ, гдѣ требуется отъ лица нѣкоторая доля нравственнаго достоинства для участія въ юридической дѣятельности, люди предосудительныхъ профессій будутъ отклоняемы тѣмъ вѣрнѣе, чѣмъ больше законъ предоставляетъ свободы въ оцѣнкѣ нравственныхъ свойствъ человѣка суду, избирателямъ, надзирающимъ и отвѣтственнымъ за выборъ лицамъ.

Прямыя указанія нашего закона на такихъ, хотя непреступныхъ, но *запятнанныхъ*, или не столько преступныхъ, сколько запятнанныхъ, людей не многочисленны. Объяснить себѣ эту скудость развитія въ дѣйствующемъ правѣ такъ называемой infamia immediata проще всего тѣмъ, что источники ея образованія идутъ, главнымъ образомъ, изъ той эпохи развитія русскаго права, когда государство далеко неохотно допускало, независимо отъ его же видовъ, автономію разнаго рода союзовъ, въ области коихъ особенно обильно образуются специфическія возврѣнія на честь и на разные виды ея умаленія, какъ это мы видимъ особенно въ средневѣковомъ обществѣ на западѣ.

И такъ, хотя въ крайне ограниченныхъ предѣлахъ, но и нашъ законъ допускаетъ вліяніе на правоспособность *явныхъ и гласныхъ пороковъ*, *суровыхъ поступковъ*, *расточительности* (повидимому, независимо отъ особаго признанія расточителемъ въ указанномъ выше порядкѣ), *несостоятельности* (независимо отъ вопроса о вмѣнимомъ банкротствѣ), когда всѣ эти свойства и дѣя-

---

[1]) Въ Германіи указываютъ случаи, гдѣ имущество конфискуется по смерти содержателя публичнаго дома, а тѣло его предается землѣ подъ висѣлицей; палачу отказываютъ въ причастіи. Римская infamia не можетъ быть прямо примѣняема у насъ, о чемъ подробно въ Пандектн. чтеніяхъ. Не менѣе того нѣкоторыя понятія римлянъ о *гнусныхъ промыслахъ* могли бы съ успѣхомъ найти примѣненіе и нынѣ. Таково, напр., понятіе leno и широкое толкованіе, которое даетъ ему Ульпіанъ ср. особенно L. 4 § 2 D. 3. 2 (si caupo fuit, vel stabularius et mancipia talia habuit ministrantia et occasione ministerii quaestum facientia, sive balneator fuerit, velut in quibusdam provinciis fit....), L. 43 § 9, D. 23. 2. L. 24, pr. L. 26, pr. D. 4. 8. 5.

нія не изслѣдованы судомъ, не вмѣнены виновнымъ, а сознаются въ обществѣ какъ свойства даннаго человѣка. Впрочемъ всѣ послѣдствія, на которыя указываетъ нашъ гражданскій кодексъ, ограничиваются, въ этихъ случаяхъ лишеніемъ права быть опекуномъ (X, 256) [1]). Недостаточно опредѣленное понятіе порочности становится легче распознаваемымъ и шире примѣнимымъ, когда законъ указываетъ формальный его критерій, хотя все-таки безъ судебнаго собственно изслѣдованія порочности. Это мы видимъ въ ст. 246 уст. гражд. суд., гдѣ въ числѣ лицъ неспособныхъ быть повѣренными названы, п. 12, исключенные (изъ службы по суду, или) изъ духовнаго вѣдомства за пороки, или же изъ среды обществъ и дворянскихъ собраній по приговорамъ тѣхъ сословій, къ которымъ они принадлежатъ [2]) Здѣсь же видимъ запрещеніе быть повѣренными для несостоятельныхъ, которые признаны несостоятельными, хотя свойство ихъ несостоятельности еще не опредѣлено, а также для лицъ, которыя, бывъ преданы суду по обвиненію въ преступленіяхъ, влекущихъ за собою потерю всѣхъ или всѣхъ особенныхъ правъ и преимуществъ, не оправданы судебнымъ приговоромъ (тамъ же, ст. 246, п. 5 и п. 11).

Есть еще *особый форумъ* для оцѣнки нравственныхъ достоинствъ человѣка,—это судъ церкви *для сферы права семейнаго*. Двоеженецъ разсматривается этимъ судомъ какъ недостойный состоять въ поруганномъ его легкомысліемъ союзѣ и осуж-

[1]) Крайне случайный и неправильно систематизированный перечетъ признаковъ недостаточной благонадежности лица не есть здѣсь исчерпывающій, какъ это и принимаетъ сенатск. практика (см. указ. у Боровиковск. подъ ст. 256), а лишь энунціативный, при томъ такъ, что устраненіе этихъ лицъ не должно ограничиваться только опекунскимъ дѣломъ. Нѣкогда, при широкомъ развитіи полицейскихъ усмотрѣній, цивильно-неблагонадежныя лица могли быть отовсюду устраняемы и безъ особыхъ указаній закона. Скудость закона тогда не чувствовалась. Она будетъ становиться въ новыхъ условіяхъ тѣмъ чувствительнѣе, чѣмъ лучше будетъ разработанъ законъ объ имущественной отвѣтственности не только за свои дѣйствія, но и за выборъ другихъ лицъ на отвѣтственныя должности. Тогда, конечно, и нашъ судъ и нашъ законъ найдетъ и укажетъ подробно признаки гражданской ненадежности, поставивъ вопросъ одинаково далеко и отъ произвола личныхъ усмотрѣній, и отъ неразборчивости въ квалификаціяхъ человѣка, когда на немъ нѣтъ клейма суда уголовнаго. Конечно, при этой vitae turpitudo окажется не на всѣхъ тѣхъ мѣстахъ, гдѣ ее видѣли римляне, а частью и средніе вѣка. Одинъ изъ новѣйшихъ законодательныхъ актовъ указываетъ на особый признакъ, который служитъ основаніемъ устраненія отъ ходатайства по дѣламъ, производящимся у земск. начальниковъ, городск. судей и въ уѣздныхъ съѣздахъ, по взаимному согласію мин. внутрен. дѣлъ и юстиціи, такихъ лицъ, которыя по дошедшимъ до нихъ несомнѣннымъ свѣдѣніямъ, обнаруживаютъ *предосудительный образъ дѣйствій*. См. прод. 90 г., т. II прил. къ 5 ст. прав. объ устр. суд. части, гдѣ введены земск. уч. начальн.

[2]) Вѣдѣнію сельскаго схода подлежатъ:... 2, приговоры объ удаленіи изъ общества вредныхъ и порочныхъ членовъ его (см. особ. прил. къ IX т., пол. о сельск. состоян., Общ. полож. ст. 51.

дается на всегдашнее безбрачіе (X, 40, 41, 42). Къ такому же умаленію правоспособности брачной влечетъ расторженіе брака по причинѣ прелюбодѣянія для признаннаго прелюбодѣя (такъ для исповѣданія православнаго, уст. дух. консистор. 1883 г., ст. 253; иначе въ другихъ исповѣданіяхъ, гдѣ нерѣдко бракъ воспрещается лишь для соучаствовавшихъ въ прелюбодѣяніи, одного съ другимъ, а не съ посторонними).

Отлученные отъ церкви по приговору духовнаго суда не могутъ быть повѣренными и не допускаются къ свидѣтельству (уст. гр. суд., ст. 246 п. 9 и 371 п. 6).

Общія положенія о низведеніи гражданской правоспособности по силѣ судебныхъ приговоровъ, infamia mediata, тѣснѣйшимъ образомъ связаны съ дѣйствующей системой наказаній и входятъ въ особую дисциплину. Мы ограничимся указаніемъ связи этой системы наказаній съ вопросами правоспособности. Лишеніе всѣхъ правъ состоянія соединяется для дворянина съ потерею дворянскаго достоинства, для духовныхъ лицъ съ извержеміемъ изъ духовнаго сана и званія, для городскихъ обывателей и людей прочихъ состояній съ утратой добраго имени и правъ, каждому состоянію присвоенныхъ (Улож. о нак., ст. 22). Наказаніе всегда постигаетъ только осужденнаго, а не тѣхъ, кто съ нимъ связанъ семейными узами, хотя бы послѣдніе не хотѣли воспользоваться правомъ разорвать съ осужденнымъ эти узы (тамъ же, ст. 24). Старыя семейныя и на родствѣ основанныя отношенія прерываются или лишь эвентуально (для жены и дѣтей), или рѣшительно (въ отношеніи родства, какъ основы наслѣдованія по закону); точно также прекращаются и прежнія права имущественныя осужденнаго, переходя на его наслѣдниковъ (ст. 25 — 28). Но и новая ихъ правоспособность, въ положеніи лишеннаго всѣхъ правъ состоянія, есть крайне редуцированная. Ссыльнопоселенцамъ предоставляется покупать и прежде перечисленія ихъ въ государственные крестьяне на свое имя земли и дома въ предѣлахъ той волости, въ коей они приписаны, если они безпорочно вели себя въ теченіе 3-хъ лѣтъ сряду (X, прил. къ ст. 708, ст. 56; по изд. 900 г., см. стт. 770, 771 и указ. на уст. о ссыльн., изд. 1890 г., ст. 422, 423 и слѣд.). Они не могутъ, послѣ объявленія имъ приговора, совершать завѣщаній подъ страхомъ недѣйствительности акта (т. X, ст. 1019 п. 2).

Лишенные всѣхъ особенныхъ правъ и преимуществъ ограничиваются въ правѣ записываться въ гильдію или получать свидѣтельства на право торговли, быть свидѣтелями при совершеніи

актовъ, третейскими судьями, опекунами, попечителями, повѣренными (ул. о наказ., ст. 43).

Низшія степени умаленія правоспособности не влекутъ за собою умаленія семейныхъ и имуществен. правъ тамъ, гдѣ эти права не составляютъ сословной привилегіи (ст. 50).

Лица, подвергшіяся умаленію своей правоспособности, подлежатъ въ извѣстныхъ случаяхъ приписке къ податнымъ обществамъ, стѣснены въ свободѣ выбора мѣстожительства, не могутъ производить торговли.

Ст. 55 прил. къ ст. 708 X т., ч. I, по изд. 900 г. ст. 770 запрещаетъ вообще совершать акты объ имѣніи или о займѣ отъ имени банкротовъ и несостоятельныхъ должниковъ и лишенныхъ всѣхъ правъ состоянія.

Наше законодательство, до самаго послѣдняго времени, не регулировало достаточнымъ для цивильныхъ цѣлей образомъ *общедоступную извѣстность событій и обстоятельствъ, видоизмѣняющихъ гражданскую правоспособность физическихъ лицъ* въ разныхъ случаяхъ, указанныхъ нами въ этомъ параграфѣ.

Законъ 26 іюня 1889 г. (Собр. узакон. за этотъ годъ, № 140), подъ общимъ и неисчерпывающимъ содержаніе этого закона оглавленіемъ „Объ измѣненіи дѣйствующихъ узаконеній относительно обезпеченія силы налагаемыхъ на вотчинниковъ ограниченій въ правѣ распоряженія недвижимыми имуществами", въ пунктѣ IV, сдѣлалъ крайне важное *нововведеніе въ способахъ опубликованія и удостовѣренія* наступившихъ и прекратившихся *случаевъ видоизмѣненія право- и дѣе- способности физическихъ лицъ.*

Вотъ они:

1. Опекунское установленіе, немедленно по полученіи распоряженія объ учрежденіи опеки вслѣдствіе расточительности, безумія или сумасшествія, а также опеки или попечительства надъ глухонѣмыми или нѣмыми, публикуетъ *въ сенатскихъ объявленіяхъ*, по какому поводу и надъ кѣмъ учреждается опека или попечительство, съ указаніемъ званія или чина, имени, отчества, фамиліи или прозвища сего лица. Означенная публикація производится опекунскимъ установленіемъ и при учрежденіи опеки или попечительства надъ совершеннолѣтними по особу Высочайшему повелѣнію, съ указаніемъ въ публикаціи года и нумера Собранія узаконеній и распоряженій правительства, гдѣ распубликовано это Высочайшее повелѣніе.

2. Въ теченіе трехмѣсячнаго срока со дня опубликованія настоящихъ правилъ, каждое опекунское установленіе обязано составить алфавитный списокъ лицъ, состоящихъ къ тому времени

подъ указанными въ предыдущей статьѣ опекою или попечительствомъ. Списокъ долженъ содержать въ себѣ свѣдѣнія, означенныя въ статьѣ 1. Эти списки припечатываются въ сенатскихъ объявленіяхъ, въ видѣ особыхъ къ нимъ приложеній.

3. Въ теченіе того же срока (ст. 2) и въ томъ же порядкѣ (ст. 2), присутственными мѣстами, вѣдающими дѣла о несостоятельности, составляются списки лицъ, дѣла о несостоятельности коихъ находятся еще въ производствѣ. Списки эти также припечатываются въ сенатскихъ объявленіяхъ, въ видѣ особыхъ къ нимъ приложеній.

4. По прекращеніи указанныхъ въ статьѣ 1 опеки и попечительства, а также по окончаніи дѣла о несостоятельности, подлежащее установленіе (ст. 1—3) производитъ о семъ публикацію въ сенатскихъ объявленіяхъ, съ означеніемъ нумера, въ которомъ припечатано первоначальное объявленіе (ст. 1 — 3 настоящихъ правилъ; ст. 506 уст. суд. торг., изд. 1893 г.; п. 8 прилож. III къ ст. 1400 (прим.) уст. гражд. суд. и указ. на ст. 294, 295 съ разъясн. подъ этой статьей въ § 1 по изд. Уст. гр. суд. Вл. Гордономъ). Въ публикаціи объ окончаніи дѣла о несостоятельности показывается, сверхъ того, свойство несостоятельности; въ случаѣ прекращенія такого дѣла по мировой сдѣлкѣ (ст. 625 и 638 уст. суд. торг., св. зак. т. XI ч. 2 изд. 1893 г.), о семъ означается въ публикаціи.

5. Публикаціи, установленныя статьями 1—4, производятся безплатно.

6. Старшіе нотаріусы и установленія крѣпостныхъ дѣлъ прежняго устройства, а также всѣ нотаріусы обязаны вести алфавитный указатель лицамъ, которыя объявлены несостоятельными или надъ которыми учреждены указанныя въ статьѣ 1 опеки и попечительства, руководствуясь при этомъ означенными въ статьяхъ 1 и 4 публикаціями. Въ этотъ указатель вносятся: 1) званіе или чинъ, имя, отчество, фамилія или прозвище неправоспособнаго лица; 2) поводъ ограниченія правоспособности; 3) наименованіе установленія, коимъ произведена публикація; 4) годъ и нумеръ сенатскихъ объявленій, гдѣ помѣщена публикація (ст. 1 — 3 настоящихъ правилъ; ст. 506 уст. суд. торг., изд. 1893 г.; п. 8 прилож. III къ ст. 1400 прим. уст. гражд. суд.), а также годъ и нумеръ „Собранія узаконеній и распоряженій правительства“, гдѣ распубликовано Высочайшее повелѣніе объ учрежденіи опеки или попечительства надъ совершеннолѣтнимъ и 5) годъ и нумеръ сенатскихъ объявленій, гдѣ припечатана публикація о прекращеніи опеки или попечительства или объ

окончаніи дѣла о несостоятельности съ указаніемъ свойства несостоятельности (см. Полож. о Нот. ч. ст. 26 п. 6).

7. Нотаріусъ, до вступленія въ отправленіе должности, обязанъ заготовить установленный статьею 6 указатель за прежнее время. Нотаріусъ можетъ получить изъ нотаріальнаго архива указатель своего предшественника, но долженъ свѣрить оный съ указателемъ нотаріальнаго архива (тамъ же, ст. 27 прим.).

8. Означенные въ статьѣ 6 *указатели предъявляются желающимъ, для обозрѣнія*, и изъ оныхъ выдаются справки всѣмъ желающимъ (тамъ же, ст. 123 пр.).

§ 20.

Принадлежность къ извѣстному племени и исповѣданію какъ основаніе видоизмѣненія правоспособности лица. — Русскіе инородцы. — Евреи; ихъ особые институты и правообщеніе съ другими народностями. — Денежные обороты, обмѣнъ движимостей; ученыя степени. — Еврейскій вопросъ въ Россіи. — Внутренняя организація еврейской общины. — Эманципаціонное движеніе въ русскомъ законодательствѣ.—Черта осѣдлости и льготы для отдѣльныхъ лицъ.—Законъ 3 мая 1882 г.—Частные вопросы объ уравненіи правъ и ихъ рѣшенія.

Мы видѣли выше (см. введеніе), что въ отдаленныя отъ современнаго правосознанія эпохи принадлежность лица къ племенному союзу рѣшала для него весь вопросъ не только о его правахъ, но и о нормахъ юридическихъ, дѣйствію которыхъ онъ подчиняется. Это система племенныхъ или личныхъ правъ, которую мы находимъ на зарѣ исторіи права у западныхъ народовъ и которой обильные слѣды удерживаются и нынѣ еще у насъ. Племенныя группы, инородцы, какъ ихъ отрицательно обозначаетъ нашъ сводъ, совершенно отличны отъ иностранцевъ, иноземцевъ, гдѣ основа разобщенія съ нами есть политическая. Инородцами законъ нашъ обозначаетъ русскихъ же подданныхъ, но для коихъ опредѣляющія ихъ юридическій бытъ и ихъ правоспособность нормы, въ составѣ цѣлаго племени, суть особыя, племенныя, а не обще-русскія. Эти инородцы, обитающіе русскую территорію, группируются въ законѣ такъ: 1) сибирскіе инородцы; 2) самоѣды Архангельской губерніи; 3) кочевые инородцы Ставропольской губ.; 4) калмыки, кочующіе въ Астраханской и Ставропольской губ.; 5) киргизы Внутренней орды; 6) инородцы областей Акмолинской, Семипалат. и друг.; 7) инородческое населеніе Закаспійской области (т. IX изд. 99 г., кн. 1, разд. V, гл. 1-я); 8) евреи (тамъ же, гл. 2-я). Состояніе инородца есть

своего рода status, но дающій для всѣхъ, вмѣстѣ взятыхъ, крайне мало общихъ признаковъ, кромѣ внутренней племенной связи и особыхъ основъ юридическаго быта для каждой группы отдѣльно.

Нѣкоторыя изъ этихъ племенныхъ группъ, особенно инородцы Восточной Сибири, находятся на той ступени цивилизаціи, которая исключаетъ не только возможность, но и потребность общенія не только въ правѣ, но и въ другихъ областяхъ нравственной жизни [1]). Не только на этихъ ступеняхъ соціальнаго развитія, но и на значительно высшихъ, каковую представляютъ калмыки, не можетъ быть рѣчи о полномъ примѣненіи той системы цивильныхъ правоотношеній, которую можно назвать общею для русскаго государства. Экономическій строй жизни, старая соціальная организація открываютъ такъ еще мало простора цивильной дѣятельности отдѣльнаго человѣка, что введеніе разомъ началъ общей личной правоспособности и общихъ институтовъ гражданскаго права, также какъ и устраненіе старыхъ основъ быта, было бы дѣломъ чистаго произвола. Поэтому наше законодательство вездѣ указываетъ обязательность примѣненія *особыхъ правъ*, обработанныхъ, напр., въ сводѣ степн. законовъ кочев. инородцевъ Восточной Сибири, также древнихъ особыхъ калмыцкихъ постановленій, самоѣдскихъ обычаевъ и прочее, въ юридической практикѣ этихъ племенъ.

Для нѣкоторыхъ инородцевъ, въ особенности для киргизовъ и калмыковъ, законодательство открываетъ постепенно возможность постояннаго и правильнаго общенія съ мѣстнымъ русскимъ населеніемъ на началахъ общаго права. Образецъ новыхъ началъ управленія и суда мы указали выше для Туркестанскаго края. Обычныя основы инородческаго быта не нарушаются при этихъ нововведеніяхъ, а лишь приводятся въ извѣстность и въ согласованіе съ общими цѣлями государственнаго порядка и развитія

[1]) Памятники права въ прошломъ вѣкѣ исполнены сѣтованій на „замерзѣлость“ „идолатровъ“, населяющихъ отдаленныя сибирскія области. Начальствующимъ предписывается слѣдить, чтобы народъ камчатскій больныхъ изъ своихъ юрть не выбрасывалъ, утопающихъ спасалъ, чего по замерзѣлости своей эти люди не дѣлаютъ (П. С. З. 6041, 9519). Первые пути къ общенію пролагаются христіанскими миссіонерами (см., напр., крещеніе вогуловъ, якутовъ, остяковъ № 2863). Къ сожалѣнію, на ряду съ этими зачатками нравственнаго сближенія постоянно видимъ признаки злоупотребленія невѣжествомъ и эксплуатацію этихъ племенъ не только пришлыми торгашами, но и чиновнымъ классомъ. Изъ прошлаго вѣка идутъ многочисленныя опредѣленія закона, ограждающія нѣкоторыхъ инородцевъ отъ совершенія сдѣлокъ, коими обыкновенно опутывали пришлые эксплуататоры неопытныхъ людей, совершенно такъ, какъ опутываютъ малолѣтнихъ (см. выше, стр. 306, № 9502 П. С. З.). Старая язва взяточничества нашла себѣ здѣсь какъ бы новую пищу. Съ особой энергіей императрица Екатерина II преслѣдовала этотъ видъ злоупотребленія властью. Нынѣ бытовыя условія отдаленной восточной окраины быстро измѣняются кореннымъ образомъ.

гражданственности. Наиболѣе любопытныя стороны этого быта представляютъ давно исчезнувшія на европейской почвѣ союзныя формы родового строя. Въ нихъ нельзя различить установленій такого характера, который соотвѣтствовалъ бы вполнѣ понятіямъ какой-либо развитой юридической системы, гдѣ отношенія гражданскія обособились отъ иныхъ. Въ этихъ инородческихъ союзныхъ формахъ особенно любопытны крайне развитое строеніе союза семейнаго и родового и порядокъ одновременнаго и преемственнаго соучастія членовъ союза въ обладаніи имущественномъ, гдѣ было бы неправильно видѣть только отступленія отъ общихъ правъ, а не совершенно своеобразныя установленія, понятныя только въ связи съ другими чертами ихъ быта, въ особенности съ малымъ развитіемъ личности и расчлененныхъ договорно-обязательственныхъ отношеній [1]).

Массы нашего инородческаго населенія представляютъ собою вмѣстѣ и иновѣрцевъ, притомъ, исповѣданія нехристіанскаго. Такъ какъ на институтахъ нашего брачнаго права удерживается въ очень значительной степени исповѣдный характеръ, то для православныхъ и католиковъ нѣтъ съ этимъ населеніемъ общенія брачнаго, а для лютеранъ не существуетъ jus connubii съ иновѣрцами—язычниками (X, 85, также Уст. иностр. исповѣд. изд. 1896 г., стт. 328 и 329, гдѣ указаны границы безъисповѣднаго построенія союза брачнаго по отношенію къ магометанамъ въ смыслѣ единоженства).

Для тѣхъ институтовъ, которые не носятъ характера мѣстныхъ или племенныхъ, а составляютъ право общее, каковы заемъ, наемъ личный и вещный, мы имѣемъ указанныя выше видоизмѣненія дѣеспособности инородцевъ, составляющія нѣкоторое подобіе приниженной дѣеспособности малолѣтнихъ, на что было указано нами выше.

---

[1]) Многочисленныя изслѣдованія и наблюденія надъ этими формами быта принадлежатъ всего чаще этнографамъ и обнимаютъ не одно право, а больше или меньше разныя стороны этого быта. Библіографическія указанія въ курсѣ К. И. Малышева, т. I (1878 г.), для инородцевъ Европ. Россіи, стр. 64 прим., для восточныхъ окраинъ 63. Имъ же собраны въ особ. прил. къ курсу (I, 1880 г.) многія данныя по семейному быту инородцевъ. Полезно справиться съ указан. на дѣйствующ. законодательство до 1885 г. у Гожева и Цвѣткова, I, стр. 23. Очень цѣнныя изданія семипалатинскаго статистическаго комитета. Важны работы Леонтовича по монголо-ойратскому уставу, особенно работы эдѣшняго профессора Голстунскаго. Въ новѣйш. время ученыя экспедиціи наши обильно освѣщаютъ разныя стороны быта степныхъ инородцевъ Россіи. Теперь мы имѣемъ весьма цѣнное изданіе И. Л. Горемыкина, см. выше, гдѣ т. I, стр. 676 и слѣд., напечатано освѣщенное практикой положеніе о башкирахъ. Публикацій по этимъ предметамъ масса. Недавно о бытѣ киргизовъ появилась нѣмецкая работа Дингельштета. Большую цѣну для ознакомленія съ бытомъ сибирскихъ инородцевъ въ ихъ современномъ состояніи имѣетъ сочиненіе г. Ядринцева по этому предмету.

На ряду съ инородцами наше законодательство ставитъ, какъ было выше показано, и *евреевъ*. Вопросъ о племенныхъ институтахъ для евреевъ есть совсѣмъ особый, интересъ котораго не ограничивается государствомъ русскимъ и который вмѣстѣ съ этимъ не есть вопросъ только племенной, а точно также и главнымъ образомъ исповѣдный. Въ отличіе отъ другихъ инородцевъ, населяющихъ Россію, основаніе для обособленія правоспособности евреевъ у насъ, какъ и повсюду, лежитъ вовсе не въ ихъ неумѣлости пользоваться съ выгодой для себя общей гражданской правоспособностью. Быть еврейскаго племени далеко не представляетъ собою низшую, предшествующую въ историческомъ смыслѣ, стадію развитія тѣхъ же соціальныхъ и экономическихъ формъ, которую въ свое время прошли мы и которая есть еще длящаяся для многихъ русскихъ инородцевъ.

Для евреевъ характерна совсѣмъ не эта *отсталость* другихъ инородцевъ, а нѣкоторая исключительность всѣхъ основъ ихъ культуры, дѣлающая неприложимыми къ ихъ быту тѣ измѣренія, коими мы опредѣляемъ высокій или низкій уровень культуры у другихъ народовъ. Въ этомъ бытѣ есть черты, *постоянно* обособляющія евреевъ отъ другихъ, притомъ *отъ любыхъ иныхъ* народностей. Ихъ культурная жизнь давно уже сложилась не по типу общихъ донаціональныхъ племенныхъ формъ быта, которыя уступаютъ въ извѣстныхъ условіяхъ другимъ, высшимъ формамъ общенія въ правѣ. У евреевъ съ поразительной силой сопротивленія удерживаются, съ одной стороны, совершенно исключительныя основы ихъ племенного быта, совсѣмъ недоступныя для инородныхъ элементовъ, съ другой, и на ряду съ этой исключительностью, они широко развиваютъ *общеніе*, правда, весьма одностороннее, *со всѣмъ культурнымъ міромъ*, независимо отъ степеней культуры, отъ различія народностей и исповѣданій. Объ стороны дѣла, т.-е. и особое право еврейское, и исторія общенія евреевъ съ другими народами въ сферѣ права, представляютъ чрезвычайный интересъ и необъятныя трудности для изученія.

Что касается именно *особаго права евреевъ*, то доступъ къ нему возможенъ только при основательномъ познаніи языка, исторіи и въ особенности религіи этого народа. Едва ли возможны сомнѣнія въ томъ, что крайне тѣсная связь юридическихъ институтовъ съ основами вѣрованій составляетъ главнѣйшее условіе относительно малой измѣнчивости всего народнаго быта евреевъ; съ другой стороны, въ этой связи права съ религіей лежитъ главнѣйшее условіе безразлично-отрицательнаго отношенія ихъ къ другимъ народамъ. Ихъ законъ есть *для нихъ* богоданный и

съ нимъ они проходятъ и даль вѣковъ, и царства земныя къ той завѣтной цѣли спасенія, которая предуставлена для вѣрующей мысли тысячелѣтія тому назадъ. Изъ институтовъ еврейскаго права для цивилиста важны установленія союза семейнаго и тѣсно связанныя съ нимъ права интестатнаго наслѣдованія. Правильное разумѣніе этихъ институтовъ едва ли, однако, доступно непосвященному во всю область спеціальныхъ свѣдѣній по еврейскому праву. Нѣкоторымъ пособіемъ для ознакомленія съ этими институтами можетъ для русскаго читателя служить сборникъ проф. К. И. Малышева, составляющій особое приложеніе къ его курсу (не конченному, какъ и это приложеніе, коего мы имѣемъ пока 1-й томъ).

Для институтовъ права общаго, которое обнимаетъ и евреевъ, надлежитъ имѣть въ виду *слѣдующія данныя*.

Современное русское законодательство въ отношеніи къ евреямъ не представляетъ собою ничего оконченнаго и ничего оригинальнаго. Почти всякій законъ носитъ характеръ мѣры временной. Это одна сторона дѣла. Другая его сторона въ томъ, что русское законодательство проходитъ теперь по отношенію къ еврейскому вопросу тѣ стадіи, которыя въ свое время проходили народы и государства Запада.

Эта исторія общенія съ евреями представляетъ для цивилистики, конечно, свои свѣтлыя стороны, ибо *съ культурной исторіей евреевъ несомнѣнно связаны успѣхи общенія народовъ* и разработка многихъ сторонъ современной цивильной системы. Но это одна сторона дѣла, притомъ скорѣе фацитъ сношеній съ ними, чѣмъ исторія этихъ сношеній. Самый же процессъ этого общенія представляетъ настоящія картины ужаса. Для подтвержденія нѣтъ нужды обходить всѣхъ территорій, ибо на каждой совершается приблизительно одно и то же.

Первыя свѣдѣнія о появленіи евреевъ среди новыхъ народовъ относятся къ IV в. Уже въ ту пору они видны въ большихъ массахъ на Рейнѣ. Изъ VI вѣка есть уже свѣдѣнія объ ожесточенномъ гоненіи на нихъ въ Римѣ. На любой территоріи, гдѣ они осѣдаютъ, отъ нихъ требуютъ, чтобъ они *купили* себѣ за деньги право существованія отъ власть имѣющихъ. Такой цѣной территоріальный властитель предоставляетъ имъ временную осѣдлость. Упорно держась всюду и во всемъ, начиная съ самыхъ обыденныхъ признаковъ и привычекъ, съ одежды, пищи, распредѣленія трудовъ и праздничныхъ дней, особо отъ мѣстнаго населенія, какъ люди совсѣмъ другого міра, какъ чужіе для туземцевъ, евреи ищутъ, часто не разбирая средствъ, скопить въ

своихъ рукахъ денежные рессурсы, цѣною которыхъ они пріобрѣтаютъ временное покровительство сильныхъ, вооружая вмѣстѣ съ тѣмъ противъ себя народныя массы.

Преслѣдованіе евреевъ обыкновенно ожесточается въ эпохи возбужденія религіозныхъ чувствъ (крестовые походы) и въ годины народныхъ бѣдствій (чума полов. XIV вѣка). Всѣ знакомыя и въ наше время обвиненія евреевъ въ истязаніи христіанскихъ младенцевъ для извлеченія крови, необходимой будто бы для религіозныхъ обрядовъ, въ отравленіи колодцевъ, зарождались именно въ этихъ условіяхъ смущеннаго событіями и ожиданіями настроенія народныхъ массъ.

Извѣстно, что это возбужденіе временами переходило въ настоящее изувѣрство, когда евреевъ жгли массами, если они не сжигали себя сами, громко исповѣдуя свою вѣру, или навсегда изгоняли изъ страны, лишая ихъ всякаго покровительства закона.

Какимъ же правомъ жили евреи, пока имъ предоставляемо было хотя такое прекарное существованіе среди чужихъ имъ людей?

Внутри, между собой, въ составѣ своего союза — это было еврейское право, какъ система своего рода племенныхъ или личныхъ нормъ. А внѣ? Было ли это общее территоріальное право? Отнюдь нѣтъ, ибо, начать съ того, что общаго права долгое время не было вовсе въ средне-вѣковомъ обществѣ, а были особыя права отдѣльныхъ союзовъ, мѣстныхъ, сословныхъ, исповѣдныхъ и т. д.; и тамъ, гдѣ вмѣстѣ съ развитіемъ центральной власти образовывались элементы общаго права для извѣстной территоріи, такое право мало касалось евреевъ. Само римское право, несмотря на универсальный характеръ его институтовъ, въ процессѣ рецепціи получило, какъ мы видѣли, вначалѣ, нѣкоторую исповѣдную окраску, и если отъ короля до простого горожанина глоссаторы охотно признавали всѣхъ римскими гражданами, то это, однако, не мѣшало имъ выключать изъ круга гражданъ евреевъ, грековъ, сарациновъ и проч. Какое же право сообщалось евреямъ? Это не была какая-либо система, а это былъ рядъ привилегій, которыя территоріальный господинъ давалъ евреямъ какъ своей челяди, какъ данникамъ, какъ оброчной статьѣ (servi camerae imperialis). Они получали обыкновенно за эту дань право жительствовать въ отведенныхъ для нихъ кварталахъ. Иногда въ этихъ кварталахъ или улицахъ имъ предоставлялось пріобрѣтать землю на правѣ собственности, отнюдь, однако, не выходя за эти тѣсные предѣлы, ибо въ средніе вѣка землевладѣніе носило

далеко не одинъ только характеръ частно-правнаго обладанія. Землевладѣніе сельское допускалось для евреевъ лишь подъ условіемъ обработки земли ихъ же руками, при томъ безъ сообщенія имъ какихъ либо связанныхъ съ землевладѣніемъ вотчинныхъ или публичныхъ правъ. Для евреевъ пришлыхъ ограниченія удерживались и тогда, когда для издавна осѣвшихся эти ограниченія болѣе или менѣе сглаживались. Во многихъ нѣмецкихъ партикулярныхъ законодательствахъ эти и подобныя ограниченія удерживались даже въ текущемъ столѣтіи.

Раньше другихъ въ Пруссіи (съ 1812 г.), затѣмъ въ Австріи (въ 60-хъ годахъ), наконецъ, въ Германской имперіи право свободно пріобрѣтать земельные участки предоставлено всякому подданному независимо отъ исповѣдныхъ различій. Явнымъ образомъ обособленіе права частнаго отъ публичнаго, разложеніе старыхъ союзныхъ формъ, распространеніе на всѣхъ подданныхъ общихъ обязанностей въ отношеніи къ союзу государственному, сознавшему въ эту пору свое дѣйствительное господство надъ каждымъ отдѣльнымъ человѣкомъ, кто бы онъ ни былъ, широко раскрыло въ области права пути общенія для всѣхъ людей, безъ различія племени, религіи, соціальнаго положенія и прочее.

Время господства этого новаго порядка вещей еще, однако, очень непродолжительно, чтобы дать основаніе заключить, въ какой мѣрѣ на самомъ дѣлѣ особности племенныя и исповѣдныя сгладятся и уступятъ дѣйствію этого призыва всѣхъ людей въ правообщенію на условіяхъ полнаго равенства. Самый этотъ призывъ составляетъ продуктъ измѣненій юридическаго сознанія европейскихъ народовъ. Евреи признаны, наряду съ другими, къ полному правообщенію (это пассивная сторона дѣла). Но преобразуется ли и въ еврейской общинѣ правосознаніе въ томъ же направленіи отъ особаго къ общему (*активная* сторона), — это именно и покажетъ будущее...

Главнѣйшій видъ юридическаго обмѣна, который практиковали евреи въ средніе вѣка, составлялъ *мелкій торгъ и денежные обороты*. Въ то время когда операціи процентнаго денежнаго займа были запрещены каноническимъ и свѣтскимъ закономъ для христіанъ, евреямъ не только дозволялись эти операціи, но долгое время размѣръ дозволеннаго роста для займа у евреевъ, силой особыхъ *привилегій*, былъ крайне высокъ. Лишь послѣ XVI в. начинается уравнительное движеніе законодательства въ этомъ вопросѣ для заемныхъ сдѣловъ христіанъ и евреевъ, и въ наше время законы о ростѣ отмѣнены одинаково для всѣхъ и *всѣ одинаково подлежатъ отвѣтственности за ростовщическія про-*

долги, направленныя на эксплуатацію нужды, неопытности, легковѣрія, по имперскому, напр., закону 24 мая 1880 года (о чемъ подробно позже, въ ученіи объ обязательствахъ).

Особаго рода *привилегія*, крайне распространенная въ средніе вѣка, заключалась для евреевъ въ томъ, что проданныя и заложенныя имъ *движимости, хотя бы онѣ были отняты силой или украдены, не подлежали возврату по иску собственника*, иначе какъ подъ условіемъ уплаты долга или цѣны, за которую вещь была куплена. Одна изъ старѣйшихъ привилегій этого рода для евреевъ города Шпейера, отъ XI в., требовала отъ отвѣтчика еврея только присяжнаго (по еврейскому закону, juramentum secundum legem suam) показанія цѣны вещи. Это правило, въ значительно измѣненномъ видѣ, стало впослѣдствіи *общимъ для добросовѣстнаго пріобрѣтенія движимостей* въ различныхъ условіяхъ (о чемъ позже, въ системѣ вещн. правъ), совершенно независимо отъ племенныхъ и исповѣдныхъ свойствъ заинтересованныхъ.

Къ этимъ главнѣйшимъ пунктамъ различія, а затѣмъ постепеннаго уравненія правоспособности евреевъ въ сферѣ гражданскихъ правоотношеній (о правѣ брачномъ мы не говоримъ, такъ какъ этотъ вопросъ разрѣшается замѣной исповѣднаго брака безъисповѣднымъ, о чемъ было говорено выше и подробнѣе будетъ указано въ правѣ семейномъ), присоединился вопросъ о правѣ евреевъ пріобрѣтать ученыя степени, не по любымъ наукамъ [1]), а по юриспруденціи въ особенности. Затрудненіе возникало въ виду де особаго свойства предметовъ познанія для доктора обоихъ правъ (juris utriusque d-r, т.-е. juris civilis и *canonici*), а также докторской присяги. Натурально, весь вопросъ въ томъ, какія требованія будутъ поставлены для доктора по каноническому праву. Если здѣсь нужна не наука только, а

---

[1]) Никто не оспаривалъ у евреевъ научныхъ дарованій вообще и даже какъ будто особенныхъ по нѣкоторымъ видамъ ученыхъ профессій, напр., по медицинѣ. Die judischen Aerzte wurden sogar von den Geistlichen zu Rathe gezogen, welche sich nicht ganz auf die wunderthätige Heilung... verlassen mochten, — объясняетъ г. Grätz во св. Geschihcte der Juden. Указываютъ на лейбъ-медика Карла Великаго, еврея, на врача Гуго Капета (ср. Stobbe, Handbuch, т. I, также особая работа его о евреяхъ, тамъ же, гдѣ богат. литерат. указанія; также у Heussler'a Institut. d. deutsch. Priv. rechts, 1, § 35, особ. прим. Для положенія евреевъ въ средн. вѣка много живыхъ чертъ у Iohan. Scherr'a Deutsche Kultur u. Sitengeschichte, не разъ изданная; для Франціи въ особенности у Henri Beaune, Droit contumier des Français, La condition des personnes"; отчетъ объ этой книгѣ въ Юридич. Библіограф. изд. при С.Петерб. Университ. № 3, 89). Нынѣ Henri Beaune далъ уже 4 тома своего классическаго изслѣдованія (1, Introduction à l'étude historique du droit contumier français... 1880, 2, сейчасъ указан. — La condition des personnes 82 г., 3, La condition des biens 85 г., 4, Les contrats—89 г.).

также и вѣра, то сами евреи, конечно, откажутся искать такой ученой степени. И наоборотъ, отъ кого бы ни исходили заслуги чисто научнаго характера для области правовѣдѣнія, каноническаго или свѣтскаго, никакое ученое собраніе, конечно, не откажетъ ихъ признать, разъ дѣло идетъ только о наукѣ. Несомнѣнно, что послѣдняя точка зрѣнія становится вмѣстѣ съ временемъ господствующею.

Вопросъ о правоспособности этихъ инородцевъ въ Россіи представится намъ въ болѣе простомъ видѣ, когда мы уяснили себѣ, хотя въ нѣкоторой степени, его перипетіи на Западѣ.

Собственно въ той части русскаго государства, въ центрѣ Россіи, гдѣ выросло, стало могучимъ національное русское сознаніе и опредѣлился существующій государственный строй, вопросъ о евреяхъ долгое время сливался съ вопросомъ о положеніи инородцевъ и иновѣрцевъ вообще. Поэтому совершенно справедливо замѣчаніе И. Е. Андреевскаго въ его юношескомъ еще трудѣ. „О правахъ иностранцевъ въ Россіи. С.-Петербургъ 1854 г.“: „въ древнѣйшее время въ нашемъ отечествѣ допускались къ поселенію и жительству въ городахъ лица всякой націи и вѣроисповѣданія, а потому и евреи“ (стр. 125). Еще къ вел. кн. Владиміру приходили „жидове ховарстіи“ и т. д. (см. указан. книгу). Со времени Мономаха въ восточной Руси евреевъ было мало (стр. 126). Опасность исповѣдная, вліяніе еврейской пропаганды, ересь жидовствующихъ, устранялась, какъ и всякая подобнаго рода угроза исповѣдной чистотѣ, тѣмъ же обычнымъ въ ту пору орудіемъ „очищенія“ — огнемъ, какое мы видимъ и на Западѣ въ соотвѣтствующее время.

Не только въ старой Россіи, но и въ Имперіи „еврейскій вопросъ“ трактуется безъ особыхъ затрудненій, когда этотъ вопросъ безпокоитъ государство, власть свѣтскую. И такъ, еще въ первой половинѣ XVIII в., законъ предписываетъ „жидовъ высылать, которые на Украинѣ и въ другихъ городахъ имперіи россійской поселились, и впредь ни подъ какими образы въ Россію не впускать, а золота имъ съ собою изъ Россіи не вывозить и мѣнять золотыя ихъ деньги на мѣдныя“ (П. С. З. № 5063). Такъ въ указѣ 1727 года. Тоже и позже, при Елизаветѣ. Указы позднѣйшіе только подробнѣе опредѣляютъ, какія именно монеты золотыя на какія мѣдныя надлежитъ размѣнивать при выѣздѣ евреевъ (№№ 8673, 8869 и мног. друг.). Рѣчь явно идетъ о евреяхъ иностранцахъ, приходившихъ за рубежъ изъ мѣстностей, въ ту пору еще не воссоединенныхъ съ центромъ. Подробныя указанія мѣдныхъ пятаковъ, полушекъ и

проч., коими велѣно было разсчитывать пріѣзжихъ за ихъ червонцы, золотые ефимки и проч., свидѣтельствуютъ, быть можетъ, объ ухищреніяхъ старыхъ исполнителей закона обходить его вовсе подъ предлогомъ недостаточной опредѣлительности.

Во всеоружіи власти является законъ свѣтскій, когда опасность отъ иновѣрцевъ грозитъ чистотѣ русской церкви. Еретикамъ угрожаетъ смерть (см., напр., П. С. З. № 1103) [1]). Басурманы теряютъ право владѣть населенными (православными) имѣніями, если не хотятъ принять Св. крещенія (№ 2778). Мы имѣемъ случай совращенія изъ христіанства именно въ еврейство, которое подвергаетъ и совратителя и совращеннаго тяжкому наказанію. Еврей Борохъ совратилъ въ іудейство капитанъ-лейтенанта Возницына, который и былъ обрѣзанъ. Жена Возницына сдѣлала доносъ на мужа. Капитанъ-лейтенантъ Возницынъ былъ приговоренъ, вмѣстѣ съ Борохомъ, къ смертной казни чрезъ сожженіе. Г-жа Возницына за доносъ была награждена сотнею душъ крестьянъ съ землею и принадлежностію (тамъ же, № 8612, 8725).

Совершенно въ иномъ видѣ представляется тотъ же еврейскій вопросъ для западной окраины Россіи, долгое время развивавшейся особо отъ ея естественнаго центра.

До самаго послѣдняго времени судьба Литовскаго государства, и тѣмъ болѣе литовскихъ евреевъ, была до крайности недостаточно освѣщена и въ польской и въ русской исторической и юридической литературѣ. По отношенію къ евреямъ Литвы, за исключеніемъ „Историческаго изслѣдованія о правахъ литовскорусскихъ евреевъ“ Ѳ. И. Леонтовича, ни одинъ изъ трудовъ предшествующихъ и послѣдующихъ писателей не стоитъ, по мнѣнію профессора С. А. Бершадскаго, на высотѣ задачи. Лишь въ 1883 году появилась вполнѣ солидная разработка этого предмета, въ смыслѣ обилія матеріала, до тѣхъ поръ скрытаго въ архивахъ, и тщательности его изученія, въ извѣстной монографіи профессора С. А. Бершадскаго „Литовскіе евреи“ 1388—1569 г. Петербургъ 1883 г. Мы можемъ пожалѣть только, что работа обнимаетъ главнымъ образомъ два вѣка (отъ конца XIV до XVI в., и лишь въ главѣ первой предѣлы времени взяты шире). Но и этого довольно, чтобы отвѣтить на интересующій насъ вопросъ.

---

[1]) Мы не касаемся подробностей, которыя теперь, послѣ публикацій изъ Архива Св. Сѵнода, представляютъ живѣйшій интересъ. Достаточно просмотрѣть дѣло Тверитинова при Петрѣ въ Опис. док. и дѣлъ Св. Прав. Сѵнода. Для чернокнижниковъ и чародѣевъ см. № 3485. П. С. З., гдѣ то же сожженіе.

Что же находимъ мы въ этой двухвѣковой исторіи литовскаго еврейства для освѣщенія ихъ юридическаго положенія въ Литвѣ?

Буквальное повтореніе тѣхъ же явленій, коими знаменуется исторія евреевъ въ любомъ государствѣ Запада въ эпоху слабаго развитія государственной власти, въ условіяхъ феодальнаго режима.

Это, прежде всего, совершенно изолированное положеніе еврейской общины среди чуждой ея интересовъ мѣстной жизни. Земскіе господа гарантируютъ посредствомъ привилегій евреямъ неприкосновенность жизни, имущества, чести и все тѣхъ же промысловъ, какіе нормально предоставляли имъ земскіе владыки на Западѣ. Есть буквальныя повторенія тѣхъ самыхъ льготъ для еврейскаго торга и денежнаго обмѣна, какія извѣстны изъ XI вѣка на Западѣ. Конечно, и тутъ всѣ эти льготныя письма покупаются еврейскими общинами не одною только дорогою цѣной денегъ, но и еще болѣе тяжкими послѣдствіями неувѣренности положенія евреевъ среди эксплуатируемаго ими и главнымъ образомъ чрезъ нихъ, не всегда въ ихъ только пользу, низшаго населенія.

Мы не имѣемъ интереса описывать на новыхъ мѣстахъ, среди другихъ людей, все тѣхъ же знакомыхъ изъ сдѣланнаго выше очерка смѣняющихся явленій: то этихъ привилегій, то этого безправія, которое переживали евреи въ Литвѣ, тѣмъ болѣе, что всѣ эти картины мастерски изображены перомъ названнаго выше историка.

Повидимому, въ очень мало измѣнившемся порядкѣ средневѣковаго быта „еврейскій вопросъ“ принятъ русскимъ государствомъ въ составѣ универсальнаго преемства западно-русской окраины, какъ одна изъ самыхъ трудныхъ для разрѣшенія проблемъ государственной мудрости.

Сто лѣтъ назадъ, говоритъ профессоръ Бершадскій, литовскіе евреи перешли въ русское подданство, сто лѣтъ существуетъ въ Россіи „еврейскій вопросъ“.

Это—вопросъ, съ одной стороны, о внутреннемъ строѣ еврейской общины. На него въ разное время русское законодательство отвѣчало различно, сперва противодѣйствуя кагальной организаціи (при Екатеринѣ), затѣмъ, и понынѣ, признавая ее.

Съ другой стороны, вопросъ о евреяхъ, со времени присоединенія западнаго края и частью южныхъ окраинъ, есть вопросъ общей гражданской правоспособности этихъ *инородцевъ*.

Долгое время эта сторона дѣла не представлялась вовсе на-

стоятельною для разрѣшенія, ибо не для однихъ евреевъ, а совершенно также и для коренного русскаго населенія вопросъ объ общей гражданской правоспособности составлялъ лишь благое вожделѣніе, казалось, не скоро еще имѣвшее перейти въ дѣйствительность. Въ настоящее время общая гражданская правоспособность составляетъ, какъ было видно выше, достояніе всѣхъ русскихъ подданныхъ, частью и иностранцевъ. Въ какомъ-же видѣ представляется намъ вопросъ о правоспособности евреевъ въ дѣйствующемъ нынѣ русскомъ законодательствѣ?

Изъ многихъ законодательныхъ актовъ послѣдняго времени возможно заключить съ полнымъ основаніемъ, что современное положеніе дѣлъ разсматривается самимъ законодателемъ какъ переходное, временное, т.-е. имѣющее силу впредь до общаго пересмотра законодательства о евреяхъ. Мы не можемъ прямо утверждать, что вопросъ о равноправности и для евреевъ есть уже утвердительно рѣшенный въ принципѣ; но нѣтъ никакихъ сомнѣній, что мы не удаляемся отъ разрѣшенія вопроса въ этомъ смыслѣ, а приближаемся къ нему.

Чтобъ ориентироваться въ дѣйствующемъ правѣ надо различать: А, яснымъ образомъ выражающееся въ массѣ законовъ стремленіе не нарушать насильственно, по крайней мѣрѣ въ общемъ, старыхъ основъ обособленнаго еврейскаго быта;

В, съ другой стороны, вполнѣ опредѣленно обозначившуюся задачу законодателя выводить отдѣльныя лица и нѣкоторыя группы изъ ихъ устарѣвшей исповѣдно-племенной организаціи и ставить ихъ въ непосредственную, прямую связь съ государствомъ; наконецъ,

С, мѣры, направленныя противъ расширенія равноправности, такъ сказать, фактическимъ путемъ, въ обходъ закона, при наличности, удерживающей еще силу старой союзной организаціи.

Къ законодательнымъ мѣрамъ 1-й группы, А, слѣдуетъ отнести, прежде всего, *кагальную организацію евреевъ*, весьма развитую (о чемъ здѣсь мы не будемъ говорить въ особенности), внутри которой законъ допускаетъ обязательные денежные сборы (коробочный), предназначаемые для общественныхъ потребностей евреевъ (см. для современнаго положенія законы о состоян., т. IX, изд. 99 г. Прилож. къ ст. 816). Съ этой особой общественной организаціей тѣсно связанъ чисто исповѣдный характеръ институтовъ брачнаго права у евреевъ и отдѣльный порядокъ веденія метрическихъ записей (тт. IX, ст. 913—921, и XI, уст. иностр. исповѣд., съ измѣн. по изд. 1896 г.). Обособленная сфера брачнаго права, семьи, семейныхъ властей и обязанностей,

связанныхъ съ этимъ отношеній родственныхъ, по наслѣдованію, по интересамъ общественнымъ, дѣлаютъ жизнь массы еврейскаго населенія замкнутой и только внѣшнимъ образомъ прикасающейся къ иноплеменному и иновѣрческому для нихъ обществу христіанъ.

Эти главныя черты, опредѣляющія положеніе евреевъ въ составѣ русскаго населенія, даютъ результаты очень тяжелые не для общины еврейской, конечно, а для отдѣльно взятыхъ членовъ этого племеннаго союза. Не всегда возможно назвать правоспособность евреевъ приниженною, но она всегда является условленною этой связью еврея съ его племенемъ и исповѣданіемъ; она никогда не становится вполнѣ свободной и равной съ другими въ смыслѣ общаго гражданскаго права.

Русскій еврей не можетъ стать нынѣ, въ теперешнихъ условіяхъ, вполнѣ свободнымъ и равноправнымъ, въ смыслѣ общаго права, иначе какъ разорвавъ навсегда связь съ союзомъ, къ которому онъ принадлежитъ, а это достигается лишь переходомъ въ одно изъ христіанскихъ исповѣданій. До тѣхъ же поръ пока эта связь не нарушена, правоспособность еврея будетъ составлять ту или другую степень приближенія къ общей гражданской правоспособности, а не всю полноту ея.

Руководящій, для опредѣленія юридическаго положенія евреевъ, принципъ нашего законодательства состоитъ въ томъ, что евреи, русскіе подданные, подлежатъ общимъ законамъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, въ коихъ не постановлено особыхъ о нихъ правилъ (IX, 767).

Однако, для евреевъ, русскихъ подданныхъ вообще, пока не возникло особаго основанія для изъятія, существуетъ такъ называемая *черта осѣдлости*, которою и ограничивается ихъ право свободно выбирать себѣ мѣсто жительства. Эта черта осѣдлости опредѣляется крайне разнообразными и разновременными положеніями устава о паспортахъ и бѣглыхъ (т. XIV). Здѣсь, прежде всего, удерживается для нихъ свобода жительства и переселенія въ предѣлахъ губерній Царства Польскаго, въ сѣверо-и юго-западномъ краѣ, въ Бессарабіи и Курляндіи, въ Шкловѣ (Лифляндской губ.), съ нѣкоторыми изъятіями для отдѣльныхъ городовъ (Кіевъ) и съ особыми правилами для другихъ городовъ (Николаевъ, Севастополь) и областей (Войско-Донское) [1]).

Это одна сторона дѣла.

---

[1]) См. Уст. о пасп. ст. 11 и слѣд.; исчерпывающее изложеніе этихъ правилъ не имѣетъ здѣсь для насъ интереса.

Другую сторону дѣла, В, составляетъ *эманципаціонное движеніе русскаго законодательства по еврейскому вопросу.* Въ связи съ этимъ идутъ попытки евреевъ выйти изъ стѣсненныхъ условій правоспособности, въ обходъ закона, сохраняя связь съ еврейской общиной, противъ чего направлена другая серія законовъ С, о которой мы будемъ говорить здѣсь же.

Эманципаціонное движеніе на западѣ совершилось нынѣ абстрактнымъ провозглашеніемъ равноправности гражданской для всѣхъ, независимо отъ различій исповѣдныхъ. Такимъ образомъ, по мѣрѣ того, какъ развивался свободный обмѣнъ интересовъ въ области ремеслъ, искусствъ, промышленности, торговли, знаній, для населеній западныхъ территорій, государства западныя уничтожали старыя рамки обособленной правоспособности разныхъ группъ населенія и замѣнили ихъ нормами общаго права. Нельзя утверждать, чтобы вмѣстѣ съ формальнымъ признаніемъ въ принципѣ равноправности христіанскихъ и еврейскихъ подданныхъ, въ западныхъ государствахъ исчезли признаки разобщенія въ правосознаніи этихъ различныхъ группъ населенія. Объ продолжаютъ еще въ нѣкоторой степени обнаруживаться и принимаютъ по временамъ угрожающій характеръ, но при сильно развитыхъ и хорошо дисциплинированныхъ органахъ государственной власти опасность столкновеній предупреждается и устраняется безъ большого труда.

При совершенно иныхъ размѣрахъ задачи, въ другихъ историческихъ условіяхъ, русская законодательная власть идетъ къ цѣли сближенія правоспособности христіанъ и евреевъ другимъ путемъ, т.-е. она расширяетъ на евреевъ въ той или другой степени общую правоспособность, *по изслѣдованіи признаковъ надежности такого сближенія для отдѣльныхъ лицъ или для отдѣльныхъ группъ*, такъ сказать *causa cognita*, а не абстрактно, не для всѣхъ и каждаго.

Опять и здѣсь, въ этомъ методѣ дѣйствія, мы видимъ для еврейскаго населенія то же, что можно наблюдать въ исторіи русскаго права для другихъ государственныхъ состояній. И для другихъ состояній повышеніе гражданской правоспособности развивалось сперва для отдѣльныхъ лицъ и группъ, а затѣмъ было расширено на цѣлые классы лицъ.

Этотъ методъ примѣняется въ одинаковой мѣрѣ къ евреямъ иностраннымъ, идущимъ въ Россію съ западной и восточной границы, и къ евреямъ русскимъ подданнымъ.

Евреямъ-иностранцамъ, недопускаемымъ вообще ко вступленію въ русское подданство (положеніе комит. министр. 29 іюля

1824 г.), предоставляется *право пребыванія*, на болѣе или менѣе льготныхъ условіяхъ, въ Россіи наравнѣ съ другими иностранцами, лишь *по особому каждый разъ усмотрѣнію*. Въ чертѣ осѣдлости евреи-иностранцы допускаются лишь въ рядѣ указанныхъ закономъ спеціальныхъ случаевъ (раввины, медики, учредители фабрикъ, мастера; послѣдніе съ допущеніемъ присяги на подданство чрезъ 5 лѣтъ пребыванія. См. уст. о пасп., ст. 289 290 и слѣд.; для евреевъ, приходящихъ съ востока, см. тамъ же ст. 12, п. VI).

Евреямъ-подданнымъ дозволено *селиться вне черты осѣдлости*:

a) если они принадлежатъ, въ продолженіи указанныхъ закономъ сроковъ, къ купечеству 1-й гильдіи и неопорочены судомъ, при чемъ имъ предоставляется имѣть прислугу и приказчиковъ, тоже неопороченныхъ судомъ, въ опредѣленномъ числѣ;

b) этими же льготами пользуются, въ той или другой мѣрѣ, кончившіе курсъ высшихъ учебн. заведеній, учащіеся фармацевты, фельдшера, бабки, также практиканты по этимъ отраслямъ медицины, магистры и доктора разныхъ университетскихъ факультетовъ (тамъ же, ст. 12, п. I и II) подробности опускаемъ.

Временное пребываніе дозволяется внѣ черты осѣдлости на очень различныхъ основаніяхъ и обыкновенно на короткіе сроки или для достиженія извѣстной цѣли (обученіе), или для упражненія мастерства, указанныхъ въ законѣ промысловъ, съ отдѣльными многочисленными руководящими правилами для столицы, для другихъ городовъ, для времени ярмарокъ и проч. (тамъ же, ст. 157 и слѣд.) [1]).

На-ряду съ этими расширяющимися рамками общенія, въ законодательствѣ, особенно съ начала 60-хъ годовъ, ясно обнаруживается *стремленіе расширить предѣлы общей гражданской правоспособности* на евреевъ безъ всякихъ особыхъ условій и изслѣдованій въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ. Въ составѣ дѣйствующаго Свода мы имѣемъ статьи 779 и 780, каждую съ двумя примѣчан., т. IX, которыя дозволяютъ евреямъ, въ чертѣ

[1]) Не слѣдуетъ думать, что всѣ эти мѣры направлены только противъ евреевъ. Тутъ есть нѣкоторыя черты, связанныя съ паспортной системой вообще и касающіяся и другихъ инородцевъ въ Сибири и въ европ. Россіи, другихъ иновѣрцевъ (для скопцовъ ст. 31 и 33 уст. о пасп., ногайцевъ, калмыковъ, трухменовъ, башкиръ и проч., ст. 167 и слѣд. тамъ же), наконецъ, иногда лицъ высшихъ классовъ (см., напр., ст. 58 и 68; по Продолж. 95 г. эти статьи, касавшіяся лицъ духовнаго званія, наконецъ, исключены изъ дѣйств. законодательства).

общей ихъ осѣдлости, равно какъ и вездѣ, гдѣ дозволено имъ постоянное пребываніе, *пріобрѣтать недвижимую собственность всякаго рода*, кромѣ имѣній населенныхъ. Этотъ въ высшей степени важный успѣхъ русскаго законодательства въ направленіи къ равноправности былъ, очевидно, компрометтированъ какими-то обстоятельствами, которыя намъ трудно разъяснить, и мы видимъ въ послѣдующихъ законодательныхъ актахъ обратный ходъ, правда, не во всемъ объемѣ дѣйствія льготнаго закона, но все же въ значительныхъ его предѣлахъ. *Законъ 3-го мая 1882 года, въ видѣ временной мѣры*, до общаго пересмотра, въ установленномъ порядкѣ, законовъ о евреяхъ, воспрещаетъ евреямъ впредь *вновь* селиться внѣ городовъ и мѣстечекъ, съ допущеніемъ въ семъ отношеніи исключенія только относительно существовавшихъ до 82 года еврейскихъ колоній, занимающихся земледѣліемъ. Этимъ же закономъ пріостановлено временно совершеніе купчихъ крѣпостей и закладныхъ на имя евреевъ, засвидѣтельствованіе арендныхъ договоровъ на недвижимыя имущества, довѣренностей на управленіе и распоряженіе таковыми (т. IX, тамъ же). Законъ этотъ имѣетъ примѣненіе лишь въ губерніяхъ постоянной осѣдлости евреевъ [1]). Натурально закону этому обратной силы не присвоено, и успѣвшее образоваться еврейское землевладѣніе не устраняется, такъ что евреевъ нельзя назвать неправоспособными владѣть недвижимостями въ этихъ краяхъ, и сила закона направлена лишь противъ дальнѣйшаго расширенія наличнаго еврейскаго землевладѣнія посредствомъ указанныхъ въ положеніи 3-го мая способовъ (тамъ же, см. еще ст. 781 и слѣдующ.).

Крайне важенъ для правообщенія вопросъ о чертѣ осѣдлости и о землевладѣніи, о свободѣ обмѣна и пріобрѣтеніи недвижимостей вообще. Но рядомъ съ этимъ высокую степень важности имѣетъ для этой же цѣли *право брачное и договорное вообще*.

На вопросахъ брачнаго права и семейнаго союза вообще испытуется очень тяжело метода повышенія правоспособности индивидуальной, для каждаго особо, causa cognita, какой слѣдуетъ нашъ законодатель. Бракъ есть у насъ, и не для однихъ евреевъ, институтъ не чисто цивильный, а цивильно-религіозный. Такимъ образомъ, недопущеніе евреевъ къ браку съ христіанами

[1]) Надлежитъ замѣтить, что въ девяти западныхъ губерніяхъ, до окончательнаго устройства края чрезъ усиленіе русскаго землевладѣнія, лица польскаго происхожденія тоже ограничены въ пріобрѣтеніи *вновь* помѣщичьихъ имѣній (т. X, ч. 1, ст. 698, прим. 2, Прилож., а также и другіе примѣч. къ ст. 698, Прилож. по изд. 1900 г.).

и обратно не составляетъ для той или другой стороны редукціи ея правъ, а есть послѣдствіе характера института и у тѣхъ и у другихъ. Но, затѣмъ, возможно, что семья, уже образовавшаяся, подвергается вліяніямъ разныхъ исповѣданій. Для этихъ случаевъ нашъ законъ опредѣляетъ, что *послѣдующее обращеніе одного изъ супруговъ въ православіе* не ведетъ къ расторженію брака ipso jure, а лишь евентуально, если того потребуетъ другой супругъ (X ч. 1 ст. 81). Итакъ, бракъ *продолжается* между евреемъ и православнымъ.

Но сообщаетъ ли свободный отъ ограниченія чертой осѣдлости супругъ это право другому подобно тому, какъ супругъ высшаго состоянія сообщаетъ право состоянія другой сторонѣ, если она по состоянію ниже, или, по крайней мѣрѣ, не отнимаетъ правъ высшаго состоянія? На сей разъ эта аналогія не имѣетъ мѣста. Супругъ православный не будетъ опредѣлять своей повышенной правоспособностью умаленную правоспособность другого. Даже прямо наоборотъ. Законодатель, опасаясь, повидимому, такихъ браковъ, какъ средства найти новый путь къ нарушенію черты осѣдлости, стало быть дѣйствія in fraudem legis, опредѣляетъ, что ни мужъ, ни жена, вслѣдствіе такого брака, не пріобрѣтаютъ права выбора постояннаго жительства внѣ черты осѣдлости. Такимъ образомъ и на новокрещеннаго христіанина, если его прежній бракъ съ евреемъ не расторгнутъ, распространяется, въ виду ст. 103 т. X, ч. I., законъ о чертѣ осѣдлости (ст. 81 тамъ же in fine).

Для регулированія положенія дѣтей въ бракахъ, коихъ исповѣдная природа измѣняется переходомъ родителей въ христіанство, законъ установляетъ: a) на случай принятія обоими супругами св. крещенія, совершеніе сего таинства и надъ малолѣтними дѣтьми ихъ, не имѣющими болѣе семи лѣтъ отъ роду; b) если же принимаетъ христіанство одинъ отецъ и одна мать, то въ 1-мъ случаѣ крещенію подвергаются сыновья, въ послѣднемъ дочери (IX, 777).

Любопытенъ вопросъ объ усыновленіи. Если евреи имѣютъ всѣ права русскихъ гражданъ, то, натурально, они могутъ и усыновлять, опять, однако, только для той цѣли, какая дается усыновленіемъ; а посему усыновленіе евреемъ имѣетъ мѣсто только въ отношеніи къ единовѣрцамъ, и при этомъ, по разъясненію правительствующаго сената, усыновленіе евреями, пользующимися свободой мѣстожительства, дѣйствительно только по отношенію къ тѣмъ единовѣрцамъ, которые сами имѣютъ право проживать повсюду въ имперіи (т. IX ст. 769, 772).

Законъ 12 марта 1891 года о дѣтяхъ узаконенныхъ и усыновленныхъ разсчитанъ, что касается *узаконеній*, только на христіанскихъ подданныхъ имперіи и къ евреямъ и иновѣрцамъ вообще не имѣетъ примѣненія (ср. разд. III); что касается усыновленій, то усыновленіе лицъ христіанскаго исповѣданія нехристіанами и сихъ послѣднихъ лицами христіанскаго исповѣданія воспрещается (разд. IV, п. 4), а также лицамъ раскольничьихъ и иныхъ сектъ запрещено усыновлять православныхъ (тамъ же, прим.). Совершенно такъ, какъ по вопросу о дѣйствіи перехода одного изъ супруговъ-евреевъ въ христіанство на права другого селиться внѣ черты осѣдлости возникли сомнѣнія, которыя разрѣшены были не въ пользу освобожденія отъ черты осѣдлости, также и по вопросу объ усыновленіи въ практикѣ возникали сомнѣнія о сообщеніи усыновителемъ-евреемъ, имѣющимъ свободу выбора мѣста жительства, этого права усыновленному еврею для котораго обязательна черта осѣдлости. На этотъ вопросъ мы находимъ отвѣтъ въ собраніи узаконеній за 1889 г. № 298, и этотъ отвѣтъ отрицательный.

Въ связи съ довольно тѣснымъ прикосновеніемъ вопросовъ права и интересовъ исповѣдныхъ въ старомъ нашемъ законодательствѣ находилось *воспрещеніе христіанамъ вступать съ евреями въ договоръ найма для постоянныхъ домашнихъ услугъ*, очевидно, въ цѣляхъ предотвращенія соблазна близкаго общенія съ иновѣрцами. Женщины-христіанки, нанимаемыя евреями-хозяевами для приготовленія пищи и бѣлья служителямъ изъ христіанъ, также для фабричныхъ работъ, должны были имѣть отдѣльныя помѣщенія. Существовали также нѣкоторыя ограниченія для найма мастеромъ подмастерьевъ изъ христіанъ (ст. 2209 — 2211 стар. изд. X т., ч. I; уст. о пред. и прес. преступл. устанавливаетъ подобныя мѣры и для нѣкоторыхъ сектантовъ, а скопцамъ воспрещено принимать къ себѣ въ семью чужихъ дѣтей подъ какимъ бы то ни было видомъ). Высочайшее повелѣніе 28 апрѣля 87 года отмѣнило стѣснительныя для найма евреями христіанъ мѣры, свидѣтельствовавшія скорѣе о слабости органовъ юстиціи, чѣмъ о дѣйствительныхъ опасностяхъ для интересовъ христіанскаго исповѣданія, и замѣнило ихъ простымъ воспрещеніемъ нанимателю-еврею препятствовать нанятымъ христіанамъ чествовать праздники и выполнять религіозныя обязанности, подъ страхомъ денежнаго взысканія, по приговору мирового судьи, не свыше 50 рублей (Уст. о наказ. налаг. мир. суд. ст. 42, а также т. XIV Уст. о пред. и прес. преступ. ст. 88; Уст. о промышл. ст. 364, 382 и друг.). Вопросъ о силѣ договора по-

ставленъ врозь отъ вопроса о преступныхъ дѣйствіяхъ, право гражданское отъ полицейскаго и уголовнаго закона, и съ этимъ вмѣстѣ тотчасъ явилась возможность отмѣнить стѣснительную старую мѣру предупрежденія—пресѣченія преступленій и расширить дѣйствіе общей нормы договорнаго права на кругъ лицъ, не связанныхъ ни племенемъ, ни исповѣданіемъ.

Послѣ этой важной нормы, идущей путемъ расширенія правоспособности на всѣхъ гражданъ, надлежитъ отмѣтить другую мѣру послѣдняго времени, хотя и не прямо изъ области права частнаго, направленную, „впредь до изданія особаго по сему предмету закона", противъ допущенія лицъ не-христіанскихъ исповѣданій въ число частныхъ повѣренныхъ при уѣздныхъ съѣздахъ, иначе какъ съ разрѣшенія министровъ внутреннихъ дѣлъ и юстиціи по представленіямъ предсѣдателей съѣздовъ (собр. узак. за 90 г. № 398). Для принятія въ число присяжныхъ и частныхъ повѣренныхъ вообще подлежащими судебными установленіями и совѣтомъ присяжныхъ повѣренныхъ не-христіанъ требуется, тоже до изданія особаго закона по этому предмету, представленіе предсѣдателей судовъ и совѣтовъ прис. повѣр. министру юстиціи, отъ разрѣшенія коего и зависитъ вступленіе не-христіанина въ составъ повѣренныхъ (собр. узак. 90 г. №№ 127 и 1031, нынѣ Общ. учр. суд. уст. 92 г. ст. 380 прим. и 407 прим.).

Мы этимъ заключаемъ наше обозрѣніе условій, видоизмѣняющихъ гражданскую правоспособность отдѣльныхъ лицъ. Несомнѣнно, многія детали остаются въ сторонѣ и подлежатъ изученію въ ближайшихъ практическихъ цѣляхъ по подлиннымъ источникамъ.

§ 21.

Имя и мѣстожительство лица. — Неодинаковый юридическій смыслъ принадлежности лицу имени. — Метода именного обозначенія лицъ въ Римѣ и въ новое время. — Наши легальныя нормы. — Двоякое значеніе имени. — Преобладаніе полицейскаго или юридическаго момента. — Искъ.

Во всѣхъ перипетіяхъ того движенія, которое мы называемъ цивильнымъ обмѣномъ, во всѣхъ актахъ этой драмы, лицо, какимъ бы оно ни было, отдѣльнымъ ли правоспособнымъ человѣкомъ, или союзомъ лицъ и установленіемъ, фигурируетъ нынѣ нормально съ особымъ, связаннымъ такъ или иначе съ его индивидуальностью *именемъ*, *прозваніемъ*, *фирмой*. Господствующій типъ конкретнаго гражданскаго правоотношенія въ современномъ

быту есть именной. Не только въ вопросахъ правоотношеній семейныхъ, кто отецъ, сынъ, супругъ, наслѣдственныхъ, отъ кого идетъ, кому поступаетъ наслѣдственная масса, но и въ обыденныхъ сдѣлкахъ найма, купли, особенно недвижимостей, займа, залога, лица, вступающія въ гражданскую сдѣлку, должны быть *поименно извѣстными*. Явленія безъименнаго обмѣна, при помощи предъявительныхъ бумагъ, билетовъ, марокъ, если и исключаютъ извѣстность именную соучастниковъ, то только до той минуты, пока операція совершается безспорно. При первой потребности въ содѣйствіи суда необходимость *именной извѣстности сторонъ, ихъ мѣстожительства* выступаетъ въ этихъ безъименныхъ операціяхъ тотчасъ же на первый планъ, какъ и въ именныхъ сдѣлкахъ и правоотношеніяхъ.

Однако, ученіе объ имени лица, какъ существенномъ элементѣ его извѣстности и осуществимости правоотношеній и притязаній гражданскихъ до послѣдняго времени недостаточно обращало на себя вниманіе цивилистовъ и остается еще, особенно у насъ, крайне мало разработаннымъ въ деталяхъ важныхъ особенно для лицъ и правоотношеній гражданскаго типа.

Какой юридическій смыслъ имѣетъ имя лица для его правосостоянія, для его дѣеспособности въ гражданскомъ обмѣнѣ? Составляетъ ли имя простой признакъ человѣка, какъ и всякая другая примѣта, отличающая его отъ другихъ? Есть ли это только средство для цѣли отличія одного отъ другого, или имя, индивидуальное опредѣленіе лица, физическаго и юридическаго, условнымъ способомъ *именно его обозначенія* составляетъ непремѣнный элементъ гражданской личности, безъ котораго самое существованіе личности, ея особность, ея цивильныя функціи или совершенно невозможны, или крайне затруднены? Наконецъ, не составляетъ ли этотъ непремѣнный элементъ извѣстности лица и его цивильныхъ функцій *его права?* И если такъ, то какая природа и какое содержаніе этого права? Составляетъ ли притязаніе лица на имя, коимъ его обозначаютъ въ гражданскомъ быту, его гражданское право, которое онъ можетъ защищать такими же юридическими средствами, какими онъ защищаетъ другія свои права, свою честь, личную неприкосновенность, имущество, или это право иной формаціи, иного юридическаго состава? Какимъ методомъ мы обособляемъ одно лицо отъ другого, присвоивая ему имя? Одинаковы ли пріемы такого обособленія для отдѣльныхъ людей и для союзовъ, для гражданскихъ правоспособныхъ установленій?

Очевидно, весь этотъ рядъ вопросовъ относится къ любимъ

категоріямъ лицъ, и намъ придется не разъ, въ различной связи, касаться этого вопроса. Но такъ какъ и въ составѣ союзовъ и независимо отъ этого правоспособный человѣкъ одинаково отличается отъ другихъ въ современномъ гражданскомъ быту именнымъ его обозначеніемъ, то мы разсмотримъ впередъ вопросъ о *гражданскомъ имени, принадлежащемъ отдѣльнымъ людямъ.*

Съ обладаніемъ извѣстнымъ именемъ для лица можетъ соединяться болѣе или менѣе непосредственный *интересъ имущественный*, иногда прямо денежный. Мы наблюдаемъ это свойство извѣстнаго имени какъ рессурса обогащенія, какъ экономическаго достоянія своеобразности *въ вопросахъ торговли и промышленности.* Связанное съ извѣстнымъ изобрѣтеніемъ или съ извѣстной отраслью торговли, промышленности, имя можетъ представлять собою настоящее богатство для его обладателя. Имъ условливается успѣхъ промышленнаго предпріятія, оно обезпечиваетъ своему обладателю обширную кліентелу [1]). Тоже можетъ давать одно имя *литератору, композитору, исполнителю* сценическому, музыкальному. Задача огражденія имущественнаго интереса, который связанъ съ обладаніемъ или пользованіемъ именемъ въ этомъ смыслѣ промышленной, торговой, артистической цѣнности или экономическаго блага составляетъ въ правѣ спеціально разработанную область институтовъ права авторскаго, торговаго, промышленнаго. Въ этомъ специфическомъ примѣненіи *имя* автора, творца, предпринимателя, торговца, артиста не связано прямо съ тѣмъ ученіемъ, которое мы имѣемъ здѣсь разсмотрѣть, и гдѣ имя составляетъ принадлежность лица не только въ связи, но и совершенно независимо отъ специфическихъ интересовъ того или другого рода для его носителя.

Задачу изученія нашего составляетъ *имя какъ средство индивидуальнаго обозначенія лица*, когда лицо является *въ любой роли*, активной или пассивной, въ общемъ обмѣнѣ гражданскихъ правоотношеній, начиная съ его рожденія, черезъ всѣ перипетіи этого обмѣна, до прекращенія его цивильной личности.

Въ способѣ обозначать индивидуума для этой цѣли мы видимъ разные *методы.* Извѣстность лица можетъ быть достигаема черезъ присвоеніе ему *чисто индивидуальнаго имени*, прозвища, на которое отзывается именно это лицо. Этотъ способъ, однако, уже въ латинской практикѣ не удовлетворялъ потребностямъ обозначенія лица именно въ обмѣнѣ цивильномъ. Уже въ Римѣ

[1]) Эту сторону вопроса въ русской литературѣ разрабатывалъ г. Черноцевовъ въ соч. Право промышленной кліентелы 1894 г.

для этой цѣли издавна служили болѣе сложные методы именнаго обозначенія лицъ указаніемъ *прозвища всей группы лицъ* (семьи, рода), къ которой принадлежитъ данный субъектъ, — *это потен gentilitium*, вмѣстѣ съ этимъ особаго обозначенія именно этого, даннаго члена группы, *praenomen*. Къ этимъ двумъ обозначеніямъ, изъ коихъ нерѣдко уже указаніе одного признака семейнаго имени или фамиліи было достаточно, чтобъ выдѣлить и характеризовать въ общемъ цивильномъ смыслѣ даннаго человѣка, у мужчинъ, для избѣжанія смѣшенія одного съ другимъ, присоединялось еще третье — cognomen лица. Этимъ способомъ выдѣлялась *вѣтвь извѣстнаго рода или семьи*, которую нерѣдко надлежало обособить преимущественно въ родахъ знатныхъ людей, которые продолжительное время и въ большой группѣ лицъ пользовались общимъ родовымъ именемъ. Въ простомъ классѣ ограничивались двумя обозначеніями, которые показаны выше.

Въ новое время можно повсюду встрѣтить признаки той же *смѣны методовъ* обозначенія лица именемъ, то индивидуальнымъ, особымъ для каждаго прозвищемъ, то двойственнымъ, изъ коихъ одно имя составляетъ принадлежность группы лицъ, другое извѣстнаго индивидуума этой группы.

Вмѣстѣ съ обособленіемъ и развитіемъ гражданскихъ правоотношеній и гражданскаго обмѣна, въ интересахъ его постоянства и извѣстности, *право лица* именовать себя такъ или иначе, свободно признавать своей принадлежностью то или другое имя, *уступаетъ* соображеніямъ объективнымъ, *требованіямъ порядка*, необходимости. Съ этимъ вмѣстѣ, сохраняя по отношенію къ имени, къ выбору его извѣстную свободу, лицо, разъ *сдѣлавъ* такой *выборъ*, *теряетъ право мѣнять свое имя* по усмотрѣнію и не только пользуется этимъ именемъ, когда это отвѣчаетъ его интересамъ, но не въ правѣ ни присвоивать себѣ чужого имени, ни скрывать свое имя, когда извѣстность его необходима въ интересахъ его противника, рискуя иначе поставить себя или въ положеніе еще болѣе тяжелое, чѣмъ при объявленіи своего имени, или прямо подвергнуть себя отвѣтственности съ характеромъ карательнымъ.

Вотъ въ этихъ предѣлахъ *сочетанія элемента свободы и порядка* проходитъ въ различныхъ земляхъ запада историческій постоянный процессъ юридической обработки именного обозначенія лица.

Долгое время во Франціи эти сочетанія своего, личнаго имени (латинское praenomen, даваемое при крещеніи обыкновенно новорожденному, но иногда и взрослому, при его переходѣ

изъ одного исповѣданія въ другое) и наименованія группы, къ которой принадлежитъ лицо (это семейное достояніе, nom de famille, обыкновенно наслѣдственное въ извѣстной группѣ лицъ), опредѣлялись обычаями и носили часто на себѣ всѣ черты своего локальнаго, профессіональнаго происхожденія. Для знати это имя осложнялось еще присоединеніемъ наименованія его сеньёріи, его вотчины.

Въ половинѣ 16 вѣка, очевидно, въ пору обособившагося и расширившагося гражданскаго обмѣна, положительный законъ, ordonnance Henri II (1555 г., данъ въ Amboise) обязательность употребленія неизмѣннаго имени (fixité du nom) была санкціонирована угрозой штрафа въ 1000 ливровъ и наказанія за подлогъ.

Ученая обработка вопроса видна у французовъ тоже весьма рано, уже во второй половинѣ XVI в. [1]).

Съ этими элементами строенія имени для гражданскихъ цѣлей Франція пришла къ современному положенію дѣла, котораго мы здѣсь не будемъ разсматривать отдѣльно для этой страны, ибо тѣже основы этой практики, которыя опредѣлились во Франціи, видны и въ нашей дѣйствующей системѣ, съ незначительными уклоненіями въ подробностяхъ.

Натурально, въ тѣхъ кругахъ, гдѣ личность отдѣльнаго человѣка еще слабо выдѣлилась изъ союзнаго быта, гдѣ *вѣчный* гражданскій обмѣнъ мало развитъ, тамъ и нынѣ господствуютъ *обычныя нормы* и примѣненіе легальныхъ требованій встрѣчается главнымъ образомъ въ случаяхъ преступныхъ покушеній къ обманамъ или подлогамъ.

Въ разныхъ нѣмецкихъ территоріяхъ прямое вмѣшательство *легальнаго авторитета* въ эту область частнаго права съ угрозой наказаній и денежныхъ штрафовъ, особенно въ Пруссіи, мы находимъ лишь въ истекшемъ столѣтіи. Но и въ теперешней практикѣ общія легальныя нормы далеко еще не вытѣснили обычныхъ локальныхъ способовъ пользоваться тѣми или другими именами. Такимъ образомъ въ нѣкоторыхъ частяхъ рейнскихъ провинцій замужнія женщины продолжаютъ именоваться дѣвичьими фамиліями [2]); въ Вестфаліи къ имени пріобрѣтателя

---

[1]) Литературныя указанія у Planiol I n° 388. Пользующееся нынѣ извѣстностью сочиненіе принадлежитъ Lallier—De la propriété des noms et des titres. 1890 г.

[2]) Дернбургъ. D. bürg. R. I § 55, стр. 139. Тоже во Франціи, и объясненіе, которое даетъ Planiol этому обычаю, весьма вѣроятно и поучительно (см. Traité I n° 404—410).

имѣнія присоединяютъ названіе пріобрѣтеннаго имѣнія, независимо отъ нормъ легальныхъ [1]).

Чрезвычайно, натурально, для юридической конструкціи этого явленія существенно, *насколько лицо* въ своей гражданской жизни *обязано* держаться разъ принятаго имъ личнаго именованія и насколько оно въ этомъ отношеніи свободно.

Нѣмецкая цивилистическая литература [2]) этого вопроса и практика нѣмецкихъ судовъ допускаетъ, безъ вредныхъ для силы акта послѣдствій, *собственноручное* подписаніе не только частнаго документа, но и нотаріальнаго постоянно *употребительнымъ для этого лица именемъ*, хотя бы это было свободно-выбранное или вымышленное имя, совсѣмъ не подлинное для него, *его псевдонимъ* [3]). Нѣмецкій новый кодексъ допускаетъ это, натурально, не въ цѣляхъ обмана, не только въ частныхъ, но и въ нотаріальныхъ актахъ (код. 96 г. ст. 126). Даже завѣщаніе *собственноручно подписанное* можетъ носить не подлинное имя завѣщателя, а то, которое онъ обычно употребляетъ въ дѣловыхъ своихъ подписяхъ [4]).

Только тамъ, гдѣ юридическая сдѣлка имѣетъ *публично-достовѣрный характеръ* и совершается съ соучастіемъ публичнаго органа (напр. занесеніе въ Вотчинную книгу), требуется употребленіе *обязательнаго* для лица, а не свободно имъ употребляемаго въ жизни *имени*. Нельзя, натурально, искать или отвѣчать на судѣ, прикрываясь псевдонимомъ.

И такъ, тутъ, въ сферѣ гражданскаго права, въ употребленіи имени легко различить *два теченія*, одно свободное, отражающее какъ бы старое обычное право, и другое, стѣсняющее эту свободу, фиксированное силой закона. Но это стѣсненіе для чисто частныхъ операцій ограничено довольно узкими предѣлами въ общежитіи.

---

[1]) Дернбургъ, тамъ же.

[2]) Эта литература въ послѣднее время быстро развивается и обогащается очень серьезными работами цивилистовъ, см. указанія у Гирке (Deutsch. Pr. R. I, стр. 717; позднѣйшія, послѣ 1895 г. у Дернбурга тамъ же § 55 прим. 1). По французски нѣмецкій порядокъ, особ. по кодексу 1896 г. описанъ у Raymond Saleilles. Le droit au nom individuel dans le code allemand. (Revue critique 1900 г. 25 т.).

[3]) Употребленіе псевдонимовъ въ общежитіи совершенно допускается повсюду на западѣ, и наши цивилисты освѣщаютъ этотъ вопросъ любопытными примѣрами изъ прошлаго и текущаго столѣтія, особенно между литераторами, публицистами, артистами (см. напр. тоже у Planiol тамъ же I n° 421; военные на службѣ употребляли тоже нерѣдко вымышленное имя; оттуда у французовъ значеніе nom de guerre въ смыслѣ именно псевдонима. Это было запрещено только уже въ исходѣ XVIII в.).

[4]) Дернбургъ, признавая существованіе такой практики въ виду ст. 2231 код. 1896 г., однако, не рекомендуетъ слѣдовать этому образцу.

Употребленіе псевдонима не мѣшаетъ реквизиту постоянства и извѣстности именного обозначенія лица (fixité).

Но, натурально, не здѣсь центръ тяжести разсматриваемаго ученія. Въ дальнѣйшемъ мы остановимся на юридическихъ нормахъ, практикуемыхъ *современными законодательствами*, особенно у насъ, въ примѣненіи именно *къ обязательному именному обозначенію лица*.

Для этой цѣли служитъ одинъ разъ навсегда избранное лицомъ, упражняющимъ *отцовскую власть* по отношенію къ новорожденному, имя, praenomen, съ которымъ данное лицо, въ отличіе отъ другихъ членовъ той же семьи, начинаетъ и съ которымъ оно оканчиваетъ свое особое въ гражданскомъ быту *личное* существованіе. Не всегда именно родной отецъ даетъ это наименованіе, ибо есть случаи, гдѣ родной отецъ или уже не существуетъ, или неизвѣстенъ. Для внѣбрачныхъ дѣтей это будетъ мать, крестный отецъ, officier de l'état civil, духовное лицо, выполняющее требу. Этотъ въ ближайшій моментъ къ рожденію образующійся признакъ отдѣльнаго гражданскаго существованія человѣка обыкновенно остается неизмѣннымъ на всю жизнь. Если praenomen мѣняется, то развѣ при перемѣнѣ исповѣданія, если въ обрядѣ наименованія исповѣдный моментъ имѣлъ опредѣляющее значеніе. И такъ, записанное въ метрикѣ раввиномъ при обрѣзаніи младенца мужскаго пола или при нареченіи младенца женскаго пола *имя* (т. IX ст. 913, 770, 771) будетъ при переходѣ этого лица въ христіанское исповѣданіе *замѣнено именемъ, которое* ему *дадутъ при крещеніи* (772, 777, уст. ин. исп. прил. къ ст. 7 ст. 6).

Наиболѣе общій способъ обозначенія лица именемъ, для громаднаго большинства христіанскаго населенія имперіи, связанъ съ таинствомъ крещенія, обязательно совершаемымъ надъ новорожденнымъ въ краткій послѣ рожденія срокъ, согласно правиламъ исповѣданія, съ занесеніемъ крестнаго имени, со времени введенія метрикъ, въ узаконенную формуляромъ графу первой части метрическихъ книгъ [1]).

Этотъ общій и весьма существенный моментъ обособленія лица черезъ присвоеніе ему имени представляетъ собою въ тепе-

---

[1]) Наше законодательство во многихъ своихъ частяхъ и положеніяхъ, особенно въ Уставѣ духовн. консист., въ т. X, ч. I, въ Устав. Дух. Д. иностран. исповѣданій, въ т. IX, а также и въ Улож. о наказ. (ст. 190 и слѣд.), подробно регулируетъ нынѣ выполненіе этихъ обязанностей для христіанъ, отстраняя лишь тѣхъ, чье исповѣданіе не пріемлетъ св. крещеніе и для коихъ предписаны безъисповѣдные способы веденія метрикъ (см. выше, особ. т. IX ст. 931, 932).

рѣшнемъ порядкѣ нормально достаточную неподвижность (fixité), чтобы служить средствомъ для поименной индивидуализаціи [1]) всего состава населенія.

Но этотъ моментъ, взятый отдѣльно, совершенно недостаточенъ, для той цѣли, которой должно служить обозначеніе лица именемъ. Это обозначеніе лица его именемъ достигаетъ только тогда цѣли, когда оно поставлено въ связь *съ именемъ отца*, отъ коего происходитъ данное лицо, *и* отличительнымъ для этой семьи *общимъ* для всѣхъ ея членовъ *семейнымъ наименованіемъ*, фамиліей или прозвищемъ.

Наши метрическія записи для обозначенія *родившихся въ бракѣ* младенцевъ предполагаютъ извѣстность имени отца (и матери) и его фамиліи (см. формуляръ въ прилож. къ ст. 861 т. IX).

Если по отношенію къ личному имени младенца нельзя говорить о *правѣ его быть названнымъ* тѣмъ или другимъ именемъ (по святцамъ, или какъ во Франціи и въ Германіи, по усмотрѣнію отца) [2]), ибо однимъ этимъ обозначеніемъ онъ ничего не пріобрѣтаетъ и ничего не теряетъ въ гражданскомъ смыслѣ [3]), то для обозначенія связи лица съ извѣстнымъ отцомъ и съ извѣстной семьей лицо можетъ имѣть дѣйствительно *притязаніе*, котораго нельзя произвольно у него оспаривать [4]).

Однако, обозначеніе лица не только его личнымъ именемъ, но рядомъ съ этимъ отчествомъ и фамиліей не ограничивается тѣми случаями, гдѣ данное лицо можетъ имѣть притязаніе на связь съ извѣстнымъ отцомъ и извѣстной семьей. Эти три именные признака разсматриваются какъ необходимые *и внѣ сферы цивильныхъ интересовъ* лица; и тамъ, гдѣ ихъ не дано силой вещей (рожденіе внѣбрачное, или дитя есть подкидышъ), законъ требуетъ ихъ не въ цивильныхъ интересахъ ихъ носителя, а въ

[1]) Уходить отъ этого могутъ развѣ непомнящіе родства, уже достигшіе совершеннолѣтія, а новорожденные подкидыши должны быть крещены и зачислены въ то или другое состояніе (напр. см. ст. 140, т. X, ч. I). Незаконнорожденные, подкидыши, непомнящіе родства, обязательно приписываются къ городскимъ обществамъ или волостямъ, до совершеннолѣтія *для одного лишь счета* (т.-е. безъ особыхъ притязаній на выгоды, соединенныя съ принадлежностью къ обществу, т. IX, ст. 570 примѣч. и 674 примѣч.).

[2]) Лишь бы имя не представляло какой-либо презрительной или смѣшной двусмысленности, прибавляетъ Св. Гражд. Узак. для губ. Прибалт., ст. 2369; французы предоставляютъ въ актахъ гражданскаго состоянія широкую свободу выбора именъ, особенно изъ старыхъ (Вердингеториксъ) и новыхъ историческихъ собственныхъ именъ (Наполеонъ, Бланки), но и тамъ officiers de l'état civil иногда затрудняются занести въ реестры имя *Люцифера*, напр., какъ prénom для новорожденнаго (M. Planiol, I n° 419).

[3]) См. выше т. IX ст. 570 пр. приписка къ обществу „*для одного лишь счета*".

[4]) Т. X. ч. I ст. 119—131, Уст. Гражд. судопр. ст. 1437—1356.

цѣляхъ точнаго и удобнаго способа индивидуализировать данное лицо, отличить его отъ другихъ (см. напр. т. X ч. I ст. 140 и прим.).

И такъ, сочетаніе трехъ указанныхъ признаковъ можетъ служить выраженіемъ опредѣленнаго status, семейнаго, сословнаго и проч. положенія лица и быть неразрывно связано съ чисто-цивильными притязаніями индивидуума; но оно можетъ для отдѣльнаго человѣка служить исключительно средствомъ его индивидуальнаго, отличительнаго отъ другихъ людей именованія, совершенно такъ, какъ служитъ псевдонимъ, свободно избранный человѣкомъ для постояннаго пользованія, или какъ условное наименованіе союза, предпріятія, анонимнаго товарищества.

Въ первомъ случаѣ въ юридическомъ строеніи гражданскаго имени лица элементомъ практически преобладающимъ будетъ *цивильный*, могущій стать предметомъ спора, предъявленнаго носителю извѣстнаго имени со стороны заинтересованнаго, который не допускаетъ ни признаковъ принадлежности даннаго лица къ такому то союзу семейному, родственному, ни вытекающихъ изъ этой принадлежности консеквенцій. Во второмъ, наоборотъ, преобладающій моментъ конструкціи будетъ не этотъ субъективный интересъ, не это личное притязаніе носить это, а не иное имя, а общая необходимость, соціальная цѣль различенія одного человѣка отъ другого.

И такъ, одного общаго принципа для опредѣленія юридической природы имени нельзя найти въ различныхъ случаяхъ его примѣненія. Съ присвоеніемъ лицу достаточно индивидуализирующихъ его именныхъ признаковъ, имени, отчества, фамиліи, будетъ, въ извѣстныхъ условіяхъ, нераздѣльно соединяться его *личный цивильный интересъ*. Это цивильно-полицейскій институтъ съ преобладаніемъ цивильнаго элемента. Здѣсь разъ принадлежащій лицу его status, особенно status familiae, остается его достояніемъ навсегда.

Въ другомъ случаѣ общая основа есть тоже цивильно-полицейская, но съ несомнѣннымъ преобладаніемъ въ именномъ обозначеніи лица послѣдняго, не субъективнаго для носителя, а объективнаго, для общаго правопорядка, момента.

Если въ первомъ случаѣ status лица, связанный съ признаками, выраженными въ его имени, есть обыкновенно неизмѣнный, то во второмъ, наоборотъ, онъ очень легко можетъ подлежать измѣненію. Семейный status внѣбрачно-рожденнаго можетъ, вмѣсто его индивидуальнаго обозначенія въ цѣляхъ главнымъ образомъ полицейскихъ, подняться, улучшиться, исправиться и

начать функціонировать не для легчайшаго только вѣдѣнія и различенія даннаго субъекта отъ другихъ, какъ въ связахъ и установленіяхъ, какъ въ псевдонимахъ, прозвищахъ, даже въ кличкахъ, а *въ его гражданскихъ интересахъ*, въ цѣляхъ подъема его гражданскаго состоянія.

Послѣднее можетъ имѣть мѣсто, когда внѣбрачно-рожденный узаконяется, или одиноко-поставленный, сирый, бѣдный, усыновляется, вводится въ постоянное общеніе семьи, пріобщается кругу лицъ гражданскихъ болѣе или менѣе солидарныхъ другъ съ другомъ.

Счастливое сочетаніе условій, гдѣ незаконнорожденный, подкидышъ, непомнящій родства достигаетъ этой цѣли его наименованія крестнымъ именемъ, невымышленнымъ, а подлиннымъ отчествомъ, не произвольной фамиліей встрѣчаются несомнѣнно послѣ закона 12 марта 91 года много чаще, чѣмъ это было ранѣе. Но тамъ, гдѣ этого сочетанія не наступитъ и гдѣ законъ все-же требуетъ такого полнаго обозначенія лица, не только именемъ, но отчествомъ и фамиліей и приписки къ сословію до совершеннолѣтія безъ всякой при этомъ личной цѣли, *для одного лишь счета* [1]), въ такомъ исключительно-полицейскомъ смыслѣ процедуры есть нѣкоторое внутреннее противорѣчіе, которое не можетъ не давать себя чувствовать.

Наша дѣйствующая система отличается въ этомъ отношеніи крайне невыгодно отъ западныхъ, отъ французской и особенно отъ современной нѣмецкой. Мы выше видѣли въ ученіи объ ограниченіи правоспособности незаконнорожденныхъ, что законъ французскій допускаетъ связь незаконнорожденнаго съ матерью и извѣстное притязаніе къ ея наслѣдству. Нѣмецкій кодексъ идетъ еще далѣе, расширяя эту связь и *на родню со стороны матери*. Такимъ образомъ, людей носящихъ до совершеннолѣтія всѣ признаки личности, человѣческое имя и проч. „для одного лишь счета“ несомнѣнно, окажется въ этихъ земляхъ меньше, чѣмъ у насъ.

При свойственномъ современной эпохѣ развитомъ сознаніи личности нельзя, безъ внутренняго противорѣчія, предъявлять человѣку требованія носить внѣшніе признаки личнаго существованія исключительно *ради порядка*. Западныя кодексы, насколько возможно, мало разрываютъ связь этихъ требованій *съ интере-*

[1]) Т. IX ст. 570 примѣч. „хотя бы безъ согласія общества, для одного лишь счета“, прибавляетъ указыв. ст., очевидно, желая оградить общество отъ невыгодныхъ для нихъ отъ такой приписки послѣдствій. Для обществъ это удобно, но для лица приписываемаго это, очевидно, требованіе не связанное ни съ какимъ его личнымъ интересомъ.

сомъ самомъ субъекта носитъ опредѣленное гражданское имя. Нашъ законъ несравненно исключительнѣе и строже преслѣдуетъ одну идею порядка и въ этомъ отношеніи, какъ и въ нѣкоторыхъ другихъ. Это объясняется тѣмъ, что источники западныхъ кодексовъ несравненно обильнѣе нашихъ. Тамъ наряду съ правосознаніемъ легальнымъ шло свободное развитіе обычнаго и естественнаго правосознанія. Дѣти не знаютъ отца, ибо родились внѣ брака, а отчество легко и удобно распознается лишь въ строеніи семьи легальной. Материнство ясно безъ всякихъ легальныхъ презумцій, по признакамъ естественной связи. Его *признаніе* все шире развивается тамъ, гдѣ правосознаніе не исчерпывается однимъ легальнымъ источникомъ. Такъ дѣло стоитъ въ указанныхъ западныхъ кодексахъ. Иначе у насъ, гдѣ все еще съ отсутствіемъ закона связано и отсутствіе права, безъ всякой поправки или восполненія изъ другихъ источниковъ правосознанія. Отсюда для связи законной всѣ законныя консеквенціи; для незаконныхъ не просто консеквенціи только *внѣзаконныя*, но черпаемыя изъ другихъ источниковъ права, а прямое безправіе. Таково было, таковымъ и поднесь остается положеніе незаконнорожденныхъ, не узаконенныхъ, не усыновленныхъ. За ними не числится, пока они станутъ на свои ноги, собственно никакого status, они sine caput, ихъ положеніе развѣ на волосъ отлично отъ рабскаго, ибо все же, хотя *только для счета*, но и они лица, тоже съ именемъ, съ отчествомъ (казенный крестный отецъ) и даже не безъ фамиліи или прозванія по назначенію ихъ воспитателей (см. особенно ст. 140, а также 160 т. X ч. 1). Злая иронія закона, въ которомъ трудно не угадать все еще не замолкшаго отзвука негодующей статьи 280 гл. X Уложенія 1649 г. (см. выше стр. 367) [1])!

---

[1]) Таже характерная черта преобладающей въ вопросѣ именного обозначенія человѣка *административной, полицейской точки зрѣнія* обнаруживается въ положеніяхъ, опредѣляющихъ *права личныя евреевъ* (т. IX ст. 768 и слѣд.). Вотъ указанныя статьи:

Каждый еврей *долженъ быть приписанъ* къ одному изъ установленныхъ въ государствѣ состояній. *Иначе* съ нимъ поступаютъ *какъ съ бродягой*.

Каждый еврей *долженъ сохранять* извѣстную наслѣдственную или на основаніи закона принятую фамилію, или прозваніе, безъ перемѣны (fixité), съ присовокупленіемъ къ оному имени, даннаго по вѣрѣ или при рожденіи.

Евреи именуются *тѣми только именами*, подъ коими записаны въ метрическія книги.

Каждому еврею, главѣ семейства объявляется,... какимъ именемъ *онъ обязанъ именоваться*.

Евреямъ, обратившимся въ христіанство, съ перемѣною имени при святомъ крещеніи, не дозволяется мѣнять фамиліи, и *они должны навсегда сохранять свои прежнія фамиліи*, кромѣ однако обратившихся въ христіанство ранѣе 6 февраля 1850 г.

Всѣ эти положенія, конечно, не выдѣлялись бы своей исключительностью,

Натурально, тамъ гдѣ имя, отчество и фамилія выполняютъ ихъ *подлинную функцію служить одновременно цѣлямъ порядка и интересамъ ихъ носителей*, въ сферѣ отношеній *легальныхъ*, нашъ законъ не отстаетъ отъ западныхъ образцовъ съ развитіи деталей.

Въ этихъ предѣлахъ имя лица есть не только его право, но нѣчто бо́льшее всякаго отдѣльно-взятаго гражданскаго притязанія, всякаго отдѣльнаго права въ субъективно-цивильномъ смыслѣ. Это не только знаменіе права, но въ тоже время *знаменіе личности*, съ коимъ связано не отдѣльное притязаніе лица, а вся его личная позиція. Съ вопросомъ объ имени, въ этихъ предѣлахъ, связанъ вопросъ о *правахъ состоянія*, controversia de statu. Чѣмъ глубже идетъ въ данной системѣ различенія правоспособности по различію состоянія своего и чужого въ смыслѣ политическомъ, исповѣдномъ, сословномъ, семейномъ, тѣмъ шире вліяніе вопроса de statu на всю сумму частныхъ правъ, могущихъ принадлежать отдѣльному лицу.

Связанный съ именемъ крестнымъ или даннымъ при обрѣзаніи, съ отчествомъ и фамиліей лица вопросъ de statu этого лица есть преюдиціальный не только для всякаго отдѣльнаго частнаго права, но и для цѣлаго ряда иныхъ правъ, каково напр. ограниченное чертой осѣдлости или свободное право человѣка выбирать себѣ мѣсто жительства.

Всякій разъ, гдѣ рѣчь идетъ объ основной линіи опредѣляющей тотъ или другой status лица, знаменіемъ его служитъ измѣненіе или въ имени лица, или въ той или другой составной части сложнаго способа индивидуализаціи людей.

Мужъ сообщаетъ женѣ своей права и преимущества соединенныя съ его состояніемъ и проч. (т. X ч. 1 ст. 100). Жена именуется по званію мужа (101). Передача фамиліи (дворянской) лицу, не связанному съ передающимъ нисходящимъ родствомъ, не допускается иначе какъ съ Высочайшаго соизволенія (т. IX прил. къ ст. 79 п. 13). Переданная такимъ образомъ фамилія сообщается женѣ и старшему въ родѣ (тамъ же, п. 10). Получившій *на свое имя* купеческое свидѣтельство принимаетъ наименованіе купца вмѣстѣ съ членами семейства, внесенными въ свидѣтельство (тамъ же, ст. 534, 537). Дѣти, кромѣ незаконнорожденныхъ (т. X ч. 1 ст. 136, 140), пріобрѣтаютъ или въ силу рожденія, или чрезъ послѣдующее узаконеніе и усыновленіе не только фамилію, но и права состоянія отца. Узаконен-

если бы съ вопросомъ исповѣднымъ не соединялись указанныя выше ограниченія свободы выбора мѣстожительства.

нимъ присвоиваются всѣ права законныхъ дѣтей, отъ брака рожденныхъ (тамъ же, ст. 144[1] п. 3). При этомъ когда при узаконеніи мѣняется *отчество или фамилія* узаконяемаго, то въ опредѣленіи суда объ узаконеніи должно быть означено подъ какимъ именемъ, отчествомъ и фамиліей значился узаконяемый въ метрической книгѣ о рожденіяхъ (Уст. Гр. Суд. ст. 1460[4] примѣч.). Нѣсколько иначе для усыновляемыхъ. Усыновитель передаетъ свою *фамилію* усыновляемому, если усыновляемый не пользуется большими правами состоянія. Фамиліи потомственныхъ дворянъ передаются лишь съ Высочайшаго соизволенія. Но здѣсь и незамужнія женщины могутъ, съ согласія родителей, передать свою фамилію усыновленному (ст. 152). Усыновленіемъ опредѣляется status familiae усыновленнаго, особенно если онъ не имѣлъ такового до усыновленія, но не указывается одновременно и уравненіе его сословной правоспособности съ привилегированнымъ усыновителемъ (153 и слѣд.).

Споръ противъ законности рожденія введенъ не только для родственниковъ отца, но и для него самого въ самыя тѣсныя рамки (Уст. Гр. Суд. ст. 1348 и слѣд.).

Наоборотъ, для защиты своего status familiae, своего имени и связаннаго съ нимъ гражданскаго состоянія вообще законъ ставитъ во всѣхъ отношеніяхъ, въ смыслѣ круга лицъ, способовъ доказыванія, сроковъ, самыя льготныя условія.

Что это за искъ? составляетъ ли защита на судѣ имени лица, законности рожденія, правъ состоянія такое же исковое притязаніе, какимъ является защита всякаго другого частнаго права, принадлежащаго лицу?

Нѣтъ. Хотя это есть искъ, который частное лицо предъявляетъ отъ своего имени гражданскому суду для возстановленія его правъ, но этимъ путемъ имѣетъ быть возстановлено не только отдѣльное, обособленное притязаніе этого лица съ чисто приватнымъ характеромъ. Это искъ, направленный на защиту интереса высшаго порядка, съ коимъ связана цѣлая совокупность правъ, все положеніе лица, весь status его, и не только его лично, но и его семьи, его потомства, всего его рода. Рѣшеніе поставленнаго въ немъ вопроса можетъ имѣть характеръ и силу преюдиціальнаго, предваряющаго, открывающаго путь для цѣлаго ряда другихъ частныхъ исковыхъ притязаній.

Посему совершенно понятно, что нашъ законъ ставитъ этотъ искъ о возстановленіи имени, утраченнаго быть можетъ по простой ошибкѣ, правъ законности рожденія и правъ состоянія вообще не въ одну категорію съ другими частными гражданскими

притязаніями за урядъ, а совершенно особо. Этотъ искъ и поставленъ и квалифицированъ отлично отъ другихъ гражданскихъ исковъ. Вопросъ о *моемъ* правѣ здѣсь несомнѣнно есть, но онъ неразрывно связанъ *съ общей задачей огражденія незыблемости главной основы цивильнаго обмѣна, извѣстности и постоянства его личныхъ центровъ*. Нашъ законодатель правильно трактуетъ этотъ вопросъ на одной линіи съ обособленіемъ вещей, недвижимостей, поземельныхъ участковъ, разграниченныхъ, однако, одинъ отъ другого не спеціальной или полюбовной межой, а *межою генеральнаго межеванія*. Совершенно такъ, какъ межи генеральнаго межеванія и права связанныя съ ними не могутъ быть уничтожены давностью владѣнія (т. X ч. I ст. 563), также не подлежитъ дѣйствію давности и искъ о правѣ состоянія, когда оно утрачено не преступленіемъ, а послѣдствіемъ какихъ-либо обстоятельствъ, напр., ошибочнымъ показаніемъ по ревизіи въ другомъ званіи, и тому подобными случаями (т. IX изд. 99 г. ст. 13).

Этого мало, права эти личные, но въ тоже время связанныя съ интересами поколѣній, должны быть отнесены въ категоріи правъ *неразрывно связанныхъ* съ лицомъ, неотчуждаемыхъ, въ извѣстномъ смыслѣ заповѣдныхъ, какъ заповѣдны дворянскія недвижимости, на кои тоже налагается этотъ характеръ внѣоборотности спеціальнымъ актомъ законодательной власти и котораго снять съ нихъ тоже не въ силахъ никакая давность (тамъ же ст. 564).

Развитая французская система защиты правъ любого типа и для защиты этого основнаго въ извѣстныхъ отношеніяхъ права носить извѣстное имя и пользоваться связанными съ нимъ правами состоянія даетъ конструкцію не петиторную только, которая можетъ въ извѣстныхъ условіяхъ быть очень затрудненной и сложной, но и впереди еще и поссессорную. Въ виду этого Code civil опредѣляетъ на случай отсутствія актовъ гражданскаго состоянія въ artt. 320 и 321: à defaut de ce titre, *la possession constante de l'état* d'enfant légitime suffit (при отсутствіи указанныхъ въ предшествующей, 319 статьѣ, удостовѣреній признается достаточнымъ постоянное *фактическое* у даннаго лица *обладаніе* правосостояніемъ законнорожденнаго). Признаками этого фактическаго обладанія положеніемъ законнорожденнаго служатъ, по art. 321, главнымъ образомъ, *ношеніе имени отца*, коему лицо считаетъ себя принадлежащимъ, соотвѣтственное сему воспитаніе и положеніе въ семьѣ и въ обществѣ.

Неразвитость владѣльческихъ способовъ огражденія этого

права можетъ, особенно при массовомъ характерѣ явленій неизвѣстности семейныхъ положеній лицъ, вызывать серьезныя опасенія не частнаго только, а общественнаго характера. Иллюстраціей этого явленія можетъ служить знаменитый процессъ смоленскихъ шляхтичей еще изъ XVIII в., публикованный въ Описаніи документовъ и дѣлъ, хранящихся въ архивѣ Св. Прав. Синода т. VI № $\frac{306}{156}$ [1]).

На ряду съ вопросомъ о личныхъ именованіяхъ нѣкоторые цивилисты разрабатываютъ и вопросъ о связанныхъ съ фамиліями приставкахъ, свидѣтельствующихъ о принадлежности этой семьи къ высшему сословію, а также о правахъ лицъ на почетные титулы. Тамъ, гдѣ такія особыя принадлежности составляютъ лишь модификацію общаго именного обозначенія лицъ, ихъ легко связать съ общими цивильными ученіями. У насъ, однако, эти права на титулы и гербы связаны съ далеко еще неотжившимъ расчлененіемъ населенія на сословія и несомнѣнно могутъ исчерпывающимъ образомъ быть разсмотрѣны лишь въ связи съ ученіемъ объ отдѣльныхъ состояніяхъ лицъ, ихъ *особыхъ правахъ* по состояніямъ, а не общихъ гражданскихъ (см. т. IX, кн. I, 1 отд. 3-е, особенно ст. 54 и прилож. къ ней прим. 2-е, также ст. 69 прилож. къ ней и 79 и прилож. правила о порядкѣ передачи дворянами фамилій, гербовъ и титуловъ). Они подлежатъ и особой компетенціи (см. сейчасъ сдѣланныя указанія на статьи 54 и 69 т. IX).

Точно также и детальное изложеніе о способахъ пріобрѣтенія и потери семейныхъ состояній, особенно личныхъ правъ супруговъ и дѣтей рожденныхъ въ бракѣ, найдетъ себѣ мѣсто въ ученіяхъ связанныхъ съ этими институтами въ особой части системы.

§ 22.

Имя и мѣстожительство лица (продолженіе). — Мѣстожительство въ системѣ права частнаго.—Признаки.—Способъ установленія.—Domicilium necessarium.—Двойное мѣстожительство. — Точка зрѣнія юридическая и политическая. — Измѣненіе и прекращеніе.

Мѣстожительства. Мѣстожительство, по замѣчанію Виндшейда [2]), не связано исключительно съ правомъ частнымъ, въ

[1]) Для нашего теперь дѣйствующаго права см. особенно Уст. Гр. Суд. кн. III разд. III О судопроизв. по дѣламъ брачнымъ и о законности рожденія (ст. 1337—1356 [2]).

[2]) Pandecten § 36 пр. 1.

смыслѣ принятаго нами состава институтовъ этой системы. Домицилъ лица имѣетъ рѣшающее значеніе для публично-правныхъ отношеній лица (domicile politique), для вопросовъ его повинностей и податей, для примѣненія процессуальныхъ нормъ. И это еще не исчерпываетъ юридическаго интереса опредѣленія мѣстожительства лица, ибо и за предѣлами данной государственной или провинціальной территоріи, въ вопросахъ примѣненія нормъ по началамъ права международнаго, также какъ мѣстныхъ статутовъ, и опять не только въ кругѣ институтовъ цивильныхъ, но на ряду съ нимъ и уголовныхъ, установленіе мѣстожительства лица имѣетъ рѣшающее значеніе.

Въ тѣхъ историческихъ условіяхъ развитія права, гдѣ между институтами права публичнаго и частнаго трудно провести точную границу, натурально, на принципахъ, опредѣляющихъ мѣстожительство лица, лишь въ ограниченной степени обнаруживаются начала свободы, свойственныя главнымъ образомъ правоотношеніямъ частнаго права, и преобладаютъ начала необходимости, опредѣляющія собою публично-правныя отношенія.

Въ этомъ общемъ смыслѣ, для правоотношеній разнаго типа, мы не будемъ здѣсь касаться вопроса о мѣстожительствѣ и ограничимся, насколько возможно, интересами права частнаго въ сжатой его разработкѣ. Извѣстно, что это обособленіе права частнаго отъ тѣснаго соприкосновенія съ публичнымъ, въ послѣднее время воособенности съ союзными формами разнаго типа (племеннаго, исповѣднаго, сословнаго), происходило почти еще на нашихъ глазахъ и во многихъ отношеніяхъ и нынѣ не можетъ быть разсматриваемо какъ завершившееся (см. ученіе о видоизмѣненіи правоспособности людей подъ дѣйствіемъ различныхъ условій, особенно условій общественныхъ).

Какъ позиція, близко условленная по своимъ признакамъ данными фактическаго характера, мѣстожительство у римлянъ опредѣлялось какъ такое отношеніе отдѣльнаго лица къ вопросу, гдѣ это лицо находится, на которое отвѣтомъ служитъ мѣсто, гдѣ оно устроило *свой очагъ*, свое *домашнее обзаведеніе* и дѣла, съ тѣмъ чтобъ не оставлять его, пока къ этому нѣтъ особаго повода; въ силу чего лицо почитаетъ себя отсутствующимъ, если отбыло изъ этого мѣста, и вернувшимся обратно, когда перестало быть на чужбинѣ [1]).

И такъ, для отдѣльнаго человѣка это будетъ его осѣдлость, мѣсто къ которому нормально пріурочивается его личное пребы-

[1]) L. 7. C. de incol. 10. 40 (39). L. 203 D. de V. S. L. 17 § 13, l. 27 § 1 D. ad munic. 50. 1.

ваніе и его дѣловыя сношенія [1]). Нѣмецкій кодексъ 96 г. въ этомъ смыслѣ оттѣняетъ для понятія *осѣдлости* (Niederlassung) признакъ ея *постоянства* (fixité у французовъ), который въ русскомъ понятіи *осѣдлости* сказывается самъ собой, въ противоположность непостоянству пребыванья, собственно *кочеванью*. Пребываніе временное не будетъ осѣдлостью.

Дернбургъ справедливо ставитъ мѣстожительство лица въ связь съ подсудностью его въ смыслѣ спорной и добровольной юрисдикціи. Это не есть непремѣнное, но совершенно нормальное отношеніе вопроса о мѣстожительствѣ къ цѣли постоянныхъ дѣловыхъ сношеній лица въ сферѣ его гражданскихъ правоотношеній.

По мѣрѣ обособленія гивильной жизни лица отъ постояннаго и непремѣннаго соотношенія съ его принадлежностью къ тому или другому опредѣляющему его гражданскую личность союзу [2]), мѣстожительство установляется, по крайней мѣрѣ для лицъ гивильно вполнѣ независимыхъ и совершеннолѣтнихъ, нормально *свободнымъ изъ личнымъ выборомъ*.

А. Конститутивные моменты этого *свободнаго выбора* обнаруживаются, подобно тѣмъ же моментамъ для владѣнія (possessio), совокупной наличностью слѣдующихъ признаковъ.

Чтобъ было мѣстожительства у лица ему необходимо *не* просто *только избрать*, *но фактически обосновать* свою осѣдлость на данномъ мѣстѣ. Лицо можетъ на короткое время связать свое пребываніе съ опредѣленнымъ мѣстомъ, не рѣшаясь еще окончательно сосредоточить въ немъ свою дѣловую жизнь. Цѣль можетъ быть *разведка* для себя и своихъ условій постояннаго пребыванія въ этомъ мѣстѣ, какъ у нашихъ ходаковъ, предшествующихъ переселенію цѣлыхъ группъ на новыя мѣста. Точно также недостаточно, чтобы лицо поселилось въ данномъ мѣстѣ для какихъ-либо преходящихъ, срочныхъ цѣлей, для леченія, обученія, хотя бы въ этихъ и подобныхъ видахъ въ данномъ мѣстѣ нанято было помѣщеніе, устроено домашнее обзаведеніе. Натурально перечислять исчерпывающимъ образомъ всѣ признаки, которые въ отрицательномъ или положительномъ смыслѣ обна-

---

[1]) Близко къ этому Pothier (см. у Planiol I 615).

[2]) Масса признаковъ этихъ связей еще отчасти удерживается и нынѣ, отчасти уже исчезла изъ состава нашихъ легальныхъ нормъ опредѣляющихъ мѣстожительство. Такія нормы собраны въ указанномъ выше особомъ прилож. къ курсу Общ. гражд. права Кронида Малышева, т. I, стр. 47 и слѣд., также у Цвѣткова и Гожева въ разныхъ мѣстахъ Сборника Гражд. Закон. (см. по указателю подъ словомъ *мѣстожительство*). См. также послѣдующія измѣненія въ составѣ Св. Закон. въ позднѣйш. изд. разныхъ частей его по изд. Волкова и Филимова.

руживаютъ намѣреніе лица избрать данное мѣсто для постоянной своей осѣдлости, нѣтъ возможности. Въ проблемѣ фактическаго характера критеріемъ могутъ служить обычаи въ данныхъ условіяхъ пониманія дѣловыхъ сношеніяхъ и общепринятыя въ гражданскомъ обиходѣ нормы.

И такъ, въ близкомъ соотвѣтствіи съ элементами положенія владѣльческаго и вопросъ о мѣстожительствѣ представляетъ собою, съ одной стороны, моментъ внутренній, *намѣреніе*, волю избрать извѣстное средоточіе своихъ дѣловыхъ сношеній, *и съ нимъ, соотвѣтственныя сему* внѣшнія *данныя осуществленной на дѣлѣ* постоянной дѣловой связи съ избраннымъ мѣстомъ.

В. Мы разсмотрѣли такимъ образомъ вопросъ о мѣстожительствѣ лица въ условіяхъ свободы выбора его даннымъ субъектомъ, domicilium voluntarium. Фиксировать въ этихъ условіяхъ домицилъ возможно только съ помощью фактическихъ данныхъ, указанныхъ нами выше въ пунктѣ А.

Но возможно также, что для опредѣленія мѣстожительства служатъ не эти фактическія данныя, а прямыя руководящія указанія легальныхъ нормъ.

Если для свободнаго выбора мѣстожительства существенно предположеніе ничѣмъ не стѣсненной и не ограниченной правоспособности даннаго субъекта, то дѣйствіе легальныхъ нормъ наступаетъ тамъ, гдѣ есть налицо тѣ или другія основанія, независящія отъ усмотрѣнія субъекта, помимо, однако, также постоянно и надежно установляется его мѣстожительство, какъ и свободнымъ его выборомъ. Въ общемъ смыслѣ это будетъ domicilium necessarium этого лица.

Въ этихъ случаяхъ *обязательнаго домицила* главные пункты, на коихъ слѣдуетъ остановить вниманіе въ каждомъ данномъ законодательствѣ, опредѣляются не исключительно гражданскими, а вмѣстѣ политическими, полицейскими, финансовыми и иными интересами и задачами, которыя отражаются частью на ограниченіяхъ правоспособности извѣстнаго круга лицъ (см. выше особенно черта осѣдлости для евреевъ), частью только болѣе или менѣе регулируютъ для лица выборъ имъ его мѣстожительства соображеніями интересовъ его же службы, или надзора и подчиненія его власти семейной, опекунской и т. п.

Нашъ Уставъ гражданскаго судопроизводства даетъ возможность расчленить основы осѣдлости, *избираемой свободно* лицомъ, или въ той или другой мѣрѣ *обязательной* для него. Ст. 204 говоритъ: постоянное мѣстожительство полагается тамъ, гдѣ кто (domicilium voluntarium) по своимъ занятіямъ, промысламъ, или

по своему имуществу, или (domicilium necessarium) по службѣ военной или гражданской, *имѣетъ свою осѣдлость и домашнее обзаведеніе*. Это расчлененіе, однако, не есть исчерпывающее, и мы имѣемъ еще рядъ положеній, въ коихъ разсмотримъ въ особенности именно главныя основанія обязательнаго мѣстожительства. Отмѣтимъ здѣсь только, что на теперешнихъ основахъ, коими опредѣляется мѣстожительство лица, видны признаки а) или свободнаго выбора лицемъ мѣстожительства и въ его же интересахъ, соотвѣтственно его гражданскому состоянію, указанныя обязательныя для него нормы, или b) такія опредѣленія, которыя не зависятъ отъ его гражданскаго состоянія, а опредѣляются его принадлежностью къ тому или другому союзу.

Здѣсь, такимъ образомъ, въ дѣйствующей нашей системѣ сталкиваются, какъ и въ актахъ гражданскаго состоянія, *начала цивильныя общія* [1]), съ тѣми *особенными*, которыя условлены принадлежностью лица къ тому или другому союзу.

Цивильный критерій для опредѣленія мѣстожительства есть несомнѣнно новый, который становится преобладающимъ по мѣрѣ обособленія чисто цивильныхъ институтовъ отъ соприкосновенія съ другими. Но онъ и сейчасъ еще не есть исключительный для гражданскихъ правоотношеній, ибо съ нихъ не вполнѣ снятъ признакъ исповѣдный, сословный и пр. Посему и для вопросовъ права гражданскаго могутъ имѣть, наряду съ общими гражданскими основами для опредѣленія мѣстожительства, нѣкоторыя особыя, на коихъ лежитъ и нынѣ признакъ необходимости, подчиненія въ той или другой мѣрѣ лица союзу, въ которому лицо принадлежитъ. Въ силу этого наряду съ указанной статьей 204 Уст. гр. судопр. и дальнѣйшими опредѣленіями *закона гражданскаго* о мѣстѣ жительства, намъ необходимо имѣть по отдѣльнымъ вопросамъ (особенно, напр., объ опекѣ) еще другого рода опредѣленія мѣстожительства, составляющія остатокъ старины. Такія опредѣленія намъ указываетъ законы о состояніяхъ, Уст. о предупрежд. и пресѣч. преступл. (т. IX ст. 212 прим.), старый уставъ о паспортахъ и бѣглыхъ, нынѣ, въ нѣкоторыхъ своихъ частяхъ уступившій Положенію о видахъ на жительство [2]).

---

[1]) Вѣрнѣе было бы указать въ этой аналогіи — начала не столько *общія*, для актовъ гражданскаго состоянія, сколько *наиболѣе общія*, ибо и метрики не суть акты гражданскаго состоянія *общіе*, а только *наиболѣе общіе*. Мы держимся, однако легальной терминологіи.

[2]) См. особенно ст. 2 Полож. о видахъ на жительство, а также весь рядъ указаній при ст. 1—10 Уст. о паспорт. на замѣнившія ихъ новыя нормы. Мы не войдемъ здѣсь въ разсмотрѣніе всѣхъ случаевъ соприкосновенія вопроса о мѣстожительствѣ лица съ принадлежностью его къ той или другой союзной формѣ. Уставъ о паспортахъ удерживаетъ еще много ограниченій личной

Мы указываемъ на эти *особыя* опредѣленія о мѣстожительствѣ, ибо и они составляютъ въ нашемъ правѣ тоже своего рода domicilium necessarium, по историческому своему происхожденію, однако, совершенно отличный отъ тѣхъ случаевъ того же обязательнаго мѣстожительства, которое нынѣ, при совершенно уже обособившейся сферѣ гражданскихъ правоотношеній, цивилисты ставятъ какъ исключеніе изъ общаго правила свободы выбора мѣстожительства для отдѣльныхъ случаевъ цивильной зависимости одного лица отъ другого или ограниченій въ правѣ выбора мѣстожительства въ связи съ иными поводами умаленія гражданской правоспособности лица.

Эти *особыя* опредѣленія мѣстожительства, связанныя съ принадлежностью лица къ той или другой группѣ населенія, касаются обыкновенно лишь отдѣльныхъ интересовъ даннаго лица, а не всей совокупности его гражданскихъ правоотношеній, средоточіе которой будетъ въ теперешнемъ правѣ все же опредѣляться общими нормами для его мѣстожительства, а не особыми, племенными, сословными или исповѣдными.

С. Для цѣлей гражданскаго обмѣна вовсе нѣтъ непремѣнной надобности, чтобы опредѣлившееся такъ или иначе (свободно или обязательно) средоточіе дѣлового обмѣна лица составляло вмѣстѣ и постоянную личную его резиденцію, его мѣстонахожденіе тутъ же. Эта наличность въ domicilѣ и самого хозяина, субъекта данной сферы гражданскихъ правоотношеній, можетъ имѣть совершенно второстепенное значеніе, лишь бы *средоточіе дѣловой его жизни* не оставляло никакихъ сомнѣній.

Этого мало. Наряду съ вопросомъ о domicilѣ, въ смыслѣ средоточія цивильныхъ правоотношеній, издавна въ практикѣ возникалъ вопросъ о необходимости для отдѣльнаго лица только одного мѣстожительства, или о допустимости одновременной не одного такого средоточія дѣлъ, а двухъ и даже многихъ.

По общимъ соображеніямъ казалось бы, что въ этой сферѣ свободы, которой осуществленіе и должна представлять собою система институтовъ цивильныхъ, нѣтъ никакой надобности привязывать всю сферу гражданскаго обмѣна непремѣнно къ одному центру. Это было бы не только стѣсненіемъ свободы, но одно-

---

правоспособности въ этомъ отношеніи, начиная съ черты осѣдлости для евреевъ. Отчасти мы касались вопроса выше, трактуя разные виды ограниченій гражданской правоспособности. Они главнымъ образомъ связаны съ принадлежностью лица къ той или другой исповѣдной, племенной, сословной, территоріальной группѣ населенія. Интересъ изысканія въ этой области можетъ быть очень значительный, но онъ связанъ съ явленіями особыхъ правъ, у насъ дѣйствующихъ, а не общей системы правоотношеній главнымъ образомъ цивильныхъ, которая составляетъ здѣсь нашу задачу.

временно совершенно ненужнымъ, даже вреднымъ ограниченіемъ предпріимчивости и широты развитія цивильнаго обмѣна. Натурально при этомъ двойственность и множественность домициліей не должна служить способомъ уклоненія отъ рѣшенія вопроса, *ubi ius*, въ смыслѣ—ни тутъ, ни тамъ. Наоборотъ, надо, чтобы, допуская множественность домициліей, право, особенно процессуальныя нормы извлекали изъ этого удобство не для одного только должника, eventualнаго отвѣтчика, а въ свою очередь и для вѣрителя, respective истца, въ смыслѣ выбора имъ мѣста взысканія *и тутъ и тамъ*.

Латинская система въ связи съ широкимъ развитіемъ свободы въ области гражданскаго обмѣна допускала, какъ извѣстно, возможность одновременную для одного лица не только двухъ, но даже нѣсколькихъ домициліей [1]). Французская система долгое время держалась въ данномъ вопросѣ латинской традиціи, и только въ эпоху составленія Code'a практики настойчиво требовали, въ цѣляхъ надежности обмѣна (fixité), ограничить въ примѣненіи къ цивильному праву свободу выбора домициля однимъ только средоточіемъ всей цивильной сферы сношеній даннаго лица. Въ результатѣ явился art. 102 C. c, который принимаетъ за домицилъ француза то „lieu où il a son principal établissement". А такъ какъ двухъ établissements, которые были бы каждое одинаково principal, быть не можетъ, то domicile можетъ быть только unique. Если лицо заводитъ новое établissement principal, то, значитъ, оно оставило прежній domicile и перенесло его въ новое средоточіе своихъ дѣлъ. Это не мѣшаетъ французамъ имѣть свою резиденцію одновременно въ другомъ мѣстѣ, но это не будетъ въ юридическомъ смыслѣ его второй domicile.

Новый нѣмецкій кодексъ 96 г. остался на почвѣ латинской традиціи и въ art. 70-мъ абз. 2 допустилъ не только два, но нѣсколько одновременныхъ домициліей для одного лица.

Нашъ дѣйствующій Уставъ Гражд. Судопр. не оставляетъ сомнѣнія, что лицо можетъ одновременно имѣть „осѣдлость и обзаведеніе въ разныхъ мѣстахъ" (ст. 205), чѣмъ и опредѣляется возможность одновременно двойственнаго и даже множественнаго мѣстожительства (ст. 204) для вопросовъ подсудности (кн. 2-я, разд. I, глава первая, оглавленіе).

D. Вопросъ объ обязательномъ мѣстожительствѣ разрѣшается нашимъ законодательствомъ для сферы правоотношеній гражданскихъ въ слѣдующихъ главныхъ случаяхъ.

---

[1]) L. 6 § 2 D de munic. 50.1 (viris prudentibus placuit duobus locis posse aliquem habere domicilium, Ulpianus), l. 5, l. 27 § 2, l. 22 § 3, l. 27 § 3 eod.

a) Супруги обязаны жить вмѣстѣ. Посему... 2, при переселеніи, при поступленіи на службу, или при иной перемѣнѣ постояннаго мѣстожительства мужа жена должна слѣдовать за нимъ (т. X ч. 1 ст. 103). Особыя правила о слѣдованіи супруговъ другъ за другомъ при ссылкѣ по суду, переселеніи, удаленіи по приговорамъ обществъ или административнымъ порядкомъ наложены въ Уст. о ссыльныхъ (104).

b) Дѣти, недостигшія совершеннолѣтія и не отданныя въ учебныя заведенія, предполагаются жительствующими съ ихъ родителями (т. X ст. 173 и 264). Въ отношеніи къ дѣтямъ узаконеннымъ и усыновленнымъ надлежитъ, натурально, принимать тѣ же критеріи для опредѣленія ихъ мѣстожительства, какъ и для дѣтей законныхъ или родныхъ усыновителя (ст. 144^1 п. 3 и 156^1). Для дѣтей лицъ, осужденныхъ въ ссылкѣ разнаго рода или удаленію изъ обществъ, опредѣленія мѣстожительства даетъ Уст. о ссыльныхъ, смотря по ихъ отношенію къ матери, кормящей грудью, съ которой дѣтей не разлучаютъ, смотря, сверхъ того, по нахожденію малолѣтняго въ школѣ или нѣтъ, по возрасту (выше, ниже 14) и отношенію къ другому, не осужденному родителю, весьма различно (Уст. о ссыльн., ст. 403 и слѣд.).

Ограниченія въ правѣ свободно опредѣлять свое мѣстожительство, связанныя съ дѣйствующей карательной системой, частью ясны изъ сдѣланныхъ выше указаній на ограниченія правоспособности въ разныхъ случаяхъ умаленія чести, частью входятъ въ особую дисциплину уголовнаго права.

c) Для дѣтей незаконнорожденныхъ нормы мѣстожительства ихъ также недостаточно разработаны дѣйствующимъ законодательствомъ, какъ и вся ихъ цивильная позиція.

Вмѣсто этой частно-правной стороны дѣла, вообще очень скудной, наше законодательство обильно разработываетъ рядъ другихъ вопросовъ, которые въ старину имѣли опредѣляющее значеніе какъ для всей правоспособности лица, такъ въ особенности для опредѣленія его мѣстожительства, — это вопросы о вступленіи лица въ тотъ или другой союзъ, въ то или другое сословіе, исповѣданіе, объ увольненіи изъ обществъ, несшихъ въ прежнихъ бытовыхъ условіяхъ больше тяжестей, чѣмъ пользовавшихся правами, о добровольномъ переселеніи (т. IX изд. 99 г. кн. 1 разд. IX), о перечисленіи жителей Имперіи въ губерніи Царства Польскаго или въ В. К. Финляндское. Вмѣстѣ съ этими вопросами разрѣшалось посредственно для массы лицъ и опредѣленіе ихъ мѣстожительства и нормъ, общихъ или мѣстныхъ,

коими надлежитъ руководиться въ подобныхъ случаяхъ и по вопросу о мѣстожительствѣ [1]).

Введеніе чисто цивильныхъ процессуальныхъ началъ въ жизнь застало проблему о мѣстожительствѣ въ составѣ гражданскаго кодекса въ такомъ видѣ, въ какомъ долгое время она оставаться не можетъ безъ вреда для интересовъ скораго и надежнаго цивильнаго обмѣна.

E. Въ чемъ собственно заключается интересъ юридической извѣстности мѣстожительства лица для гражданскихъ его правоотношеній?

На это мы отвѣтимъ слѣдующими указаніями. Съ опредѣленностью мѣстожительства для лица связаны: a) надежность его дѣловыхъ сношеній, b) рѣшеніе весьма нерѣдко трудностей процессуальной проблемы подсудности, c) упражненіе отдѣльныхъ правъ, частью союзныхъ, частью личныхъ, имѣющихъ характеръ мѣстныхъ нормъ или правоотношеній; d) оглашеніе актовъ относящихся къ данному лицу; e) сосредоточеніе всѣхъ разсчетовъ въ одномъ или нѣсколькихъ центрахъ, коими опредѣляется мѣстожительство лица [2]).

F. Что касается вопроса объ измѣненіи и прекращеніи прежняго мѣстожительства, то онъ разрѣшается, аналогично владѣльческой позиціи, различно, смотря по способамъ, коими домицилъ констатировался. И такъ, если это добровольный выборъ лица, то прекращается прежній домицилъ перемѣной намѣренія или фактическихъ условій его осуществленія въ смыслѣ обратномъ прежнему, т.-е. переводомъ средоточія осѣдлости и обзаведенія въ другое мѣсто не для умноженія домициліевъ, а для замѣны, при чемъ эта замѣна можетъ быть произведена или добровольно или обязательно, въ разныхъ случаяхъ ограниченія или стѣсненія права и дѣе-способности. Съ другой стороны для случаевъ обязательнаго домицилія прекращается прежній домицилъ или прекращеніемъ зависимости одного лица отъ другого (для жены прекращеніемъ брака), достиженіемъ совершеннолѣтія, устраненіемъ обстоятельствъ (особенно отбыванія наказаній), коими условливался прежній домицилъ, или, обязательной замѣной стараго мѣстожительства новымъ.

Наконецъ, домицилъ лица прекращается его безвѣстнымъ отсутствіемъ или прекращеніемъ старой связи съ опредѣленнымъ мѣстожительствомъ бѣгствомъ, состояніемъ бродяжества или запамятованіемъ родства. Въ этихъ послѣднихъ случаяхъ, очень

[1]) См. сдѣлан. выше указанія на Сборникъ Малышева и Цвѣткова.
[2]) Ср. Planiol I, 618 и слѣд.

развитыхъ въ старые годы, наступали частью карательныя послѣдствія, частью обязательная приписка къ тому или другому обществу (Уст. о паспортахъ ст. 317 и слѣд.).

Разсмотрѣнные нами здѣсь вопросы о наименованіи и мѣстожительствѣ имѣютъ интересъ не для одного только вида лицъ, такъ называемыхъ физическихъ, а въ равной мѣрѣ и для союзовъ и установленій, для лицъ юридическихъ, къ ученію о коихъ мы и переходимъ.

ГЛАВА II.

УЧЕНІЕ О ЮРИДИЧЕСКОМЪ ЛИЦѢ.

§ 23.

Правоспособность коллективныхъ правообладателей въ особенности.—Союзныя формы на западѣ.—Процессъ ихъ разложенія.—Замѣна новыми союзными образованіями.—Тѣ же явленія на нашей исторической почвѣ.—Многообразіе формъ.—Общія категоріи союзныхъ формъ въ средневѣковой доктринѣ.

Мы искали выше (стр. 262 и слѣд.) мотивировать въ системѣ гражданскихъ правоотношеній необходимость *личнаго* ихъ приложенія. Мы пришли къ результату, что какимъ бы ни былъ субстратъ для образованія понятія личности въ гражданскомъ правѣ (отдѣльный человѣкъ, союзъ лицъ, universitas, корпорація, установленіе), самое понятіе личности носитъ на себѣ признакъ искусственности, переработки юридической. Необходимость же сосредоточить именно около лицъ весь обмѣнъ гражданскихъ правоотношеній условлена не тѣми или другими свойствами или потребностями этихъ лицъ, а интересами гражданскаго оборота, который безъ этого признака (принадлежности правъ извѣстнымъ лицамъ) потерялъ бы свойства разпознаваемости правоотношеній и ихъ постоянства.

Мы брали, стало быть, до сихъ поръ, мотивъ образованія лицъ въ гражданскомъ правѣ *общій*, для любыхъ лицъ, физическихъ и юридическихъ. Этимъ, натурально, вопросъ не исчерпывается, и за этимъ общимъ мотивомъ или общей необходимостью распредѣлять всѣ правоотношенія по лицамъ, намъ надлежало мотивировать необходимость личнаго характера принадлежности гражданскихъ правоотношеній тамъ, гдѣ личенъ отдѣльно взятый человѣкъ, и затѣмъ, тамъ, гдѣ личною является корпорація, установленіе, та или другая союзная форма.

Первому изъ этихъ вопросовъ мы посвятили 1-ю главу этого отдѣленія (см. выше), ученіе о физическомъ лицѣ. Мы видѣли тамъ, какъ и чѣмъ опредѣляется въ историческомъ процессѣ обособленіе личности отдѣльнаго человѣка въ гражданскомъ правѣ, въ какихъ условіяхъ образуется, развивается его правоспособность, и въ какомъ видѣ, съ какими ограниченіями, она является намъ въ правосознаніи европейскихъ обществъ и въ системахъ гражданскаго законодательства, частью иностраннаго, въ особенности — отечественнаго. Легко было убѣдиться, что въ современномъ правосознаніи личенъ всякій человѣкъ вообще, и что немногія отступленія отъ началъ равенства составляютъ остатокъ прежнихъ условій быта, едва ли способныхъ долго сопротивляться нивелирующему духу времени. Постоянныя различія лицъ, условленныя ихъ природными свойствами (возрастъ, полъ, здоровье), крайне мало вліяютъ на гражданскую правоспособность людей, и все значеніе этихъ индивидуальныхъ различій ограничивается въ современномъ правѣ видоизмѣненіемъ ихъ дѣеспособности.

Если вопросъ о правоспособности отдѣльныхъ людей является намъ, такимъ образомъ, съ исторической и практической сторонъ совершенно простымъ и яснымъ, то этимъ, однако, мы еще вовсе не приближаемся къ разъясненію другого вопроса, правоспособности гражданской лицъ коллективныхъ и установленій.

Какъ исторически мотивируется это явленіе? Въ какомъ отношеніи стоитъ вопросъ о правоспособности отдѣльныхъ людей къ правоспособности союзовъ? Въ какомъ видѣ является намъ союзная правоспособность въ настоящее время? Какая цѣль и гдѣ предѣлы ея развитія? Конгруируетъ-ли вполнѣ правоспособность коллективныхъ единицъ съ правоспособностью отдѣльныхъ людей? Гдѣ ея специфическія основы? Какъ опредѣлить отношенія союза къ лицамъ, его образующимъ и внѣ стоящимъ? Гдѣ основа отвѣтственности этихъ союзовъ за ущербы и убытки, происходящіе отъ нихъ для третьихъ лицъ? Откуда и какъ возникаетъ ихъ дѣеспособность? Какіе особые реквизиты ихъ активной и пассивной роли въ гражданскомъ быту? Какъ прекращается ихъ обособленная правоспособность? Какая послѣдующая судьба ихъ имуществъ?

Вотъ рядъ вопросовъ, крайне трудныхъ, сложныхъ, контроверзныхъ, безъ отвѣта на которые мы не объяснимъ себѣ, не мотивируемъ достаточнымъ образомъ для жизни этого оригинальнаго явленія нашего права, значеніе коего, въ современныхъ условіяхъ, ежедневно ростетъ на нашихъ глазахъ, наряду съ раз-

витіемъ правоспособности отдѣльныхъ людей, а вовсе не умаляется въ виду этой правоспособности отдѣльныхъ людей и не уступаетъ ей.

Намъ необходима здѣсь такая же разработка этихъ вопросовъ какъ и для лицъ физическихъ, но эти задачи здѣсь далеко не разрѣшаются такъ же, какъ онѣ разрѣшались въ ученіи о лицѣ физическомъ. Изученіе ихъ составляетъ *спеціальную задачу* теперешней литературы, ибо безъ спеціальныхъ изысканій, простыми способами аналогій и фикцій, мы не уяснимъ себѣ правоспособности и дѣеспособности лицъ юридическихъ, и самое явленіе будетъ казаться намъ произвольнымъ, ничѣмъ не мотивированнымъ. Особенно богата спеціальными изысканіями въ этой области современная нѣмецкая литература [1]).

Мы обойдемъ весь рядъ указанныхъ выше спеціальныхъ проблемъ ученія о юридическомъ лицѣ въ дальнѣйшемъ, насколько это возможно, коротко, сжато.

И такъ, какъ возникаютъ эти коллективныя единицы? Мы беремъ *сперва историческую сторону дѣла*. Именно этой стороны проф. О. Гирке коснулся въ особенности въ первомъ томѣ своего труда (Das deutsche Genossenschaftsrecht, 1 B.—Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft. 68 г., 1111 стр.). Въ этой книгѣ Гирке обозрѣлъ цѣлую массу союзныхъ формъ, смѣнявшихся на Западѣ, въ германскомъ мірѣ, начиная съ первыхъ историческихъ данныхъ, съ самыхъ старинныхъ формъ патріархальнаго быта, проходя послѣдовательно все разнообразіе родовыхъ, семейныхъ, народныхъ общинъ, связанныхъ союзомъ личнымъ и поземельнымъ, союзомъ господъ съ подвластными, затѣмъ, множество союзныхъ формъ феодальной эпохи, образованіе наряду со свѣтскими союзными формами таковыхъ же подъ главенствомъ церкви, образованіе вольныхъ городскихъ общинъ и

[1]) Къ литературнымъ указаніямъ сдѣланнымъ выше, надлежитъ, для общихъ справокъ, прибавить вышедшее въ 900-томъ году новое изд. Учебн. Виндшейда Kiep'a въ соотвѣтствующихъ §§. Очень хорошо написана и весьма доступна для русскихъ читателей небольшая брошюра Рудольфа Зома (R. Sohm.) Die deutsche Genossenschaft, составляющая оттискъ изъ праздничнаго подношенія Виндшейду по случаю его юбилея. На русскомъ языкѣ очень облегчаетъ доступъ къ волюминозному труду Гирке добросовѣстнѣйшимъ образомъ и съ полнымъ знаніемъ дѣла составленный рефератъ г-на Л. Гервагена, напечатанный въ „Юрид. Вѣстникѣ“ за истекшій годъ (91) въ №№ 7 и 8, стр. 362—396. Въ краткомъ изложеніи этого курса нельзя исчерпать ниже всего содержанія этого реферата, весьма любопытнаго для русскихъ читателей. Во Франціи разсматривался въ законодательныхъ инстанціяхъ законопроектъ объ ассоціаціяхъ, имѣющій, конечно, во многомъ измѣнить дѣйствующій законъ 1867 г. Нынѣ законопроектъ принятъ законод. инстанц. 1-го іюля 1901 г. промульгированъ 2-го іюня того же года. Для установленій въ особен. Geouffre de Lapradelle Théorie et pratique des fondations perpetuelles. 1895 (особ. 3-e partie, chap. II, le problème de la personnalité).

внутри города спеціальныхъ союзовъ (гильдій, цеховъ), а также сословныхъ, профессіональныхъ, политическихъ формъ различнаго характера.

Для новаго времени работа Гирке даетъ намъ (по 2-мъ эпохамъ, отъ 1525 до 1806 и послѣ 1806 года) *процессъ разложенія старинныхъ бытовыхъ союзовъ*, частью преобразованія ихъ подъ вліяніемъ новой идеи государства и возникновенія новыхъ, иначе образующихся и иначе расчлененныхъ формъ публичныхъ и приватныхъ ассоціацій. Въ этой новой фазѣ развитія несомнѣнно своеобразнѣйшее и наиболѣе характерное именно для нашего времени явленіе составляютъ *ассоціаціи*, возникающія *по свободному соглашенію* сочленовъ.

Въ результатѣ эманципаціоннаго движенія, которымъ новое государство высвобождало личность человѣка, правоспособность индивидуума, въ томъ видѣ, какъ мы ее разсматривали выше, изъ старинныхъ, часто крайне тяжелыхъ узъ союзнаго быта, получился какъ бы нѣкоторый разрывъ между предоставленнымъ самому себѣ индивидуумомъ и высшей формой союзнаго быта, государствомъ, которое гарантировало индивидууму только абстрактно гражданскую свободу, не отвѣчая всѣмъ тѣмъ потребностямъ, которымъ служили разрушенныя теперь старыя союзныя образованія. *Посредствовавшія нѣкогда между индивидуумомъ и государствомъ ближайшія къ лицу союзныя формы*, въ большинствѣ случаевъ, *утратили свое значеніе*, уступивъ государству значительную долю своихъ прежнихъ политическихъ функцій, а все, что составляетъ область права приватнаго, стало принадлежностью полноправнаго въ гражданскомъ смыслѣ субъекта. Это былъ именно моментъ обособленія публичнаго и частнаго права изъ прежняго тѣснаго сближенія ихъ въ старыхъ автономныхъ союзахъ и въ формахъ лично-зависимыхъ отношеній цѣлыхъ группъ населенія отъ господскихъ правъ привидегированнаго класса.

Чтобы вовмѣстить затерявшіяся въ этомъ процессѣ разложенія старыхъ формъ быта посредствующія между отдѣльно-поставленнымъ человѣкомъ и государствомъ бытовыя соціальныя формы — повсюду на Западѣ возникло *свободное ассоціаціонное движеніе*, коего цѣли и направленіе спеціализировались, смотря по требованіямъ мѣста и времени, до крайней степени. Насколько цѣли этого движенія суть политическія, административныя, исповѣдныя, общественныя въ томъ или другомъ смыслѣ, воспитательныя, научныя, художественныя и т. д., судьбы этихъ ассоціацій весьма различны и измѣнчивы, въ зависимости отъ государственнаго строя страны, отъ политическихъ видовъ, которые ставятъ

себѣ и обществу руководящія сферы и т. д. Этого дѣла мы здѣсь касаться не будемъ, хотя Гирке даетъ очень хорошее обозрѣніе этого движенія въ разныхъ мѣстахъ книги, особенно стр. 865 и слѣд. Общѣе и ближе къ намъ интересъ этого новаго ассоціаціоннаго движенія тамъ, гдѣ точнѣе опредѣлилась и спеціализировалась экономическая цѣль движенія, гдѣ союзъ, тотъ или другой, является сосредоточенной экономической силой, правообладателемъ въ смыслѣ цивильномъ, и этому предмету авторъ посвящаетъ заключительныя страницы своего сочиненія (въ особенности стр. 907—1111).

Итакъ, на вопросъ, поставленный нами выше, какъ возникаютъ коллективныя формы правоспособности, мы, въ виду сдѣланнаго обзора исторической работы Гирке, въ правѣ сказать, что масса союзовъ, въ старое время носившихъ автономный характеръ съ обильнымъ и разнообразнымъ составомъ правоспособности, политической и гражданской, нынѣ утратила этотъ характеръ, уступивъ автономію политическую государству, ставъ къ нему въ положеніе болѣе или менѣе субсидіарныхъ органовъ и сохранивъ ту или другую степень правоспособности гражданской. Это *общины*, Gemeinden, городскія и сельскія, и уподобляющіяся имъ въ томъ или другомъ отношеніи мѣстныя окружныя сочлененія, церковныя общины, обязательныя сообщества по школьному дѣлу, плотинныя (для содержанія плотинъ съ цѣлями предупрежденія опасностей), по путямъ сообщенія, по орошенію и проч. Масса такихъ союзовъ происхожденія стариннаго, незапамятнаго, историческаго, далеко не всегда основаннаго на концессіяхъ отъ государства, а нерѣдко предшествующаго образованію высшихъ политическихъ союзныхъ формъ.

Нѣкоторыя изъ такихъ старинныхъ лично-союзныхъ формъ, общинъ или корпорацій, превратились, вмѣстѣ съ временемъ, въ *установленія* (Anstalten), болѣе или менѣе подчиненныя видамъ государства и утратившія самую значительную долю своихъ старинныхъ корпоративныхъ правъ и автономій. Таковы, напр., университетскія корпораціи.

Въ противоположность этой группѣ коллективныхъ старыхъ, частью преобразованныхъ, формъ, другія формы, свободно-союзныя, представляютъ собою новообразованія, идущія частью въ замѣну старыхъ союзныхъ формъ быта (рабочія ассоціаціи, замѣняющія во многихъ отношеніяхъ разбитыя старыя формы цехового быта [1]), частью открывающія пути неизвѣстному въ эко-

[1]) Нѣтъ сомнѣнія, что въ детальной разработкѣ вопроса можно раскрыть много любопытныхъ и важныхъ для исторіи права сторонъ въ этомъ процессѣ

номической области въ старое время сочетанію производительныхъ силъ для достиженія одной цѣли (компаніи акціонерныя).

Итакъ, по историческому происхожденію кругъ коллективныхъ правообладателей можетъ быть расчлененъ на двѣ группы, *старинныхъ* союзовъ людей, общинъ, корпорацій, преобразовавшихся отчасти, подъ вліяніемъ новыхъ государственныхъ идей, въ простые органы управленія съ большей или меньшей долей автономіи и гражданской правоспособности, или прямо получившихъ характеръ установленій безъ корпоративныхъ правъ. Изъ этихъ старинныхъ соціальныхъ группъ постепенно выдѣлялись, съ помощью государства, широко правоспособное лицо физическое, личный образъ человѣка, призванный государствомъ къ активной роли въ современномъ праворазвитіи.

Рядомъ съ этимъ другую группу составятъ *образованныя вновь* граждански правоспособнымъ человѣкомъ новыя союзныя формы.

Между этими 2-мя категоріями исторически различимыхъ коллективныхъ формъ нельзя проводить различія только по цѣлямъ ихъ образованія. И нынѣ, какъ въ старину, могутъ возникать новые города, могутъ образовываться новыя исповѣдныя сочетанія, новыя университетскія корпораціи. Но это не будутъ, такъ сказать, первообразованія такихъ союзовъ. Типъ ихъ опредѣлился въ старыхъ условіяхъ быта. Новыя образованія будутъ или только снимками со старыхъ, или, еще скорѣе, они будутъ имѣть со старыми общаго лишь наименованія и цѣли, а не организацію, которой самородный и своеобразный характеръ условливался въ старину недостаточнымъ развитіемъ государственной идеи.

Черта новизны въ союзахъ второго рода, свободныхъ, опредѣляется именно тѣмъ, что они возникаютъ среди свободнаго, полноправнаго въ гражданскомъ смыслѣ населенія, въ условіяхъ огражденія этой свободы отдѣльнаго человѣка государствомъ.

Онѣ уже не условливаютъ собою, какъ въ старину, въ смыслѣ правоспособности, положенія отдѣльнаго человѣка, а наоборотъ, сами условлены имъ и служатъ тѣмъ или другимъ его цѣлямъ, не столько доминируютъ надъ нимъ, сколько ему подчиняются, служатъ ему средствомъ.

Вотъ различіе собственно-историческое, существующее между разными союзными организмами, которыхъ дѣятельность, наряду съ дѣятельностью отдѣльныхъ людей, мы наблюдаемъ въ сферѣ гражданскихъ правоотношеній.

замѣны старыхъ союзныхъ формъ новыми свободными ассоціаціями. Въ этихъ новообразованіяхъ не все ново, и часто объясненіе разныхъ чертъ ихъ строенія получается только изъ соображеній ихъ происхожденія, стало быть изъ началъ континуитета въ этой эволюціи.

Въ этомъ процессѣ нѣтъ ничего произвольнаго. Указанныя здѣсь формы составляютъ *необходимые результаты общаго эволюціоннаго процесса соціальной жизни на Западѣ*. Онѣ образуются, трансформируются, вымираютъ, возникаютъ вновь силой тѣхъ условій, которыя переживаютъ послѣдовательно европейскія общества вообще или въ той или другой области въ особенности.

Возможно ли различить *тѣ же явленія въ исторіи права русскаго и въ современномъ его состояніи?*

Вопросъ объ ассоціаціяхъ въ исторіи нашего права далеко не имѣетъ въ общемъ такой блестящей обработки, какую онъ достигаетъ, въ послѣднее время въ особенности, на Западѣ. Не менѣе того и въ нашей литературѣ для разработки нѣкоторыхъ сторонъ дѣла положены прочныя основы.

Нѣтъ сомнѣнія, что у насъ для изученія совсѣмъ другіе размѣры задачи. Если на Западѣ возможно отмѣтить извѣстныя формы патріархальнаго быта, безразличія права частнаго и публичнаго, какъ отжившія и уступившія мѣсто другимъ, то у насъ эти явленія остаются и понынѣ все еще живыми, въ особенности въ инородческихъ группахъ населенія, къ коимъ законъ допускаетъ примѣненіе общихъ формъ гражданскаго обмѣна лишь съ большою осмотрительностью, все равно, являются ли онѣ въ составѣ общества или какъ отдѣльныя лица, какъ къ незрѣлымъ для цивильнаго обмѣна, какъ къ дѣтямъ.

Эта сторона дѣла для насъ здѣсь мало поучительна.

Другое, противоположное явленіе представляютъ западныя наши окраины, имѣющія несомнѣнно очень много точекъ соприкосновенія съ соціальными условіями быта на Западѣ. Это, однако, для курса общаго русскаго права явленіе тоже только локальное.

Въ какомъ же видѣ представляется вопросъ въ собственно-русскихъ центральныхъ областяхъ, т.-е. какого рода коллективныя единицы, соотвѣтствующія указаннымъ выше группамъ на Западѣ, знаетъ наша исторія и наше право въ современномъ его состояніи?

Для обозрѣнія старинныхъ союзныхъ формъ *собственно имущественнаго обладанія*, насколько онѣ сохраняли еще болѣе или менѣе значеніе для прошлаго и текущаго вѣка, до наступленія реформъ 60-тыхъ годовъ, руководствомъ и исходной точкой дальнѣйшихъ изысканій можетъ служить „Исторія Гражданскихъ Законовъ“ Неволина, ч. 2-ая. Неволинъ собственно трактуетъ не о союзахъ лицъ, а *объ имуществахъ разнаго рода и лицахъ, кои способны обладать тѣмъ или другимъ родомъ имущества*. Такая

постановка вопроса больше соотвѣтствуетъ систематикѣ X т. ч. 1, которой очень старался держаться покойный нашъ историкъ, хотя эта систематика вовсе не есть подлинная для русскаго права, а заимствованная изъ французскаго кодекса съ разными видоизмѣненіями. Отсюда, однако, возможно, безъ большого труда, придти къ заключенію *о тѣхъ кругахъ лицъ* или, выражаясь соотвѣтственно формуламъ О. Гирке, *о тѣхъ союзахъ*, между коими группировались въ старое время права и обязанности смѣшаннаго, публично-приватнаго характера. Неволинъ различаетъ кругъ лицъ, способныхъ владѣть вотчинами (§ 266), разные разряды людей служилыхъ (§ 268), людей тяглыхъ (§ 212). Внутри каждой группы различаются еще тѣснѣйшія группы. И такъ, владѣніе помѣстное могло имѣть своимъ источникомъ жалованье свѣтской власти; но были помѣстья, жалуемыя отъ власти духовной, отъ архіереевъ, монастырей (§ 289). Въ этихъ кругахъ лицъ, болѣе обширныхъ, какъ служилый классъ вообще, было меньше солидарности и строго опредѣленныхъ союзныхъ интересовъ, чѣмъ въ соотвѣтствующихъ группахъ на Западѣ. Если эти круги были тѣснѣе, опредѣлялись родомъ службы, мѣстнымъ служебнымъ назначеніемъ (напр., ярославскія дѣти боярскія [1]), смоленскіе рейтары, украинскіе полки), то натурально и связь лицъ и солидарность ихъ имущественныхъ интересовъ была болѣе тѣсной.

Вообще же, кромѣ общихъ или особыхъ служебныхъ обязанностей въ классѣ помѣстномъ, близость разрядовъ и связь членовъ того или другого разряда опредѣлялась *ограниченіемъ оборотоспособности имуществъ въ пользу союза и его членовъ*. Такихъ ограниченій было множество. При Михаилѣ Ѳедоровичѣ запрещенъ былъ оборотъ помѣстій между московскими и городовыми помѣщиками, между бѣлозерцами и другими служилыми; по уложенію Царя А. М. — между служащими по московскому списку и новгородцами и псковитянами, тоже ограниченіе для украинцевъ, казаковъ, русскихъ и инородцевъ и проч. (Неволинъ § 293). Распространеніе оборотоспособности имуществъ и правоспособности обладанія на широкіе круги лицъ одного класса было уже шагомъ къ освобожденію лица отъ тѣснѣйшаго союза,

---

[1]) Любопытно, въ видѣ какого страннаго недоразумѣнія удержался понынѣ у насъ этотъ родъ лицъ, именно *дѣтей боярскихъ*. Они есть въ составѣ населенія сибирскаго; но именуются не просто дѣтьми боярскими, *а такъ называемыми* дѣтьми боярскими, очевидно для того, чтобъ ихъ нынѣшняя юриспруденція и особенно администрація не принимала за дѣтей *въ самомъ дѣлѣ* и не управлялась какъ съ настоящими infantes (Св. Зак. т. II, Учр. Казак. ст. 1282, у Гожева № 2503).

въ составѣ коего числились лица изъ рода въ родъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ и началомъ разрушенія этихъ тѣснѣйшихъ союзныхъ формъ. Лицо, однако, выходя изъ этихъ тѣснѣйшихъ союзныхъ формъ, вступало вовсе не на полный просторъ приватной правоспособности, а лишь въ болѣе широкій союзъ сословія, и лица привилегированныхъ видовъ службы въ сословіе дворянское; но и тутъ опять не тотчасъ въ цѣломъ его составѣ, а нерѣдко лишь въ многочисленныхъ группахъ мѣстныхъ, племенныхъ, спеціально-служебныхъ, какъ это держалось и отчасти держится въ современномъ законодательствѣ (т. IX, ст. 18 по изд. 76 г., нынѣ исключенная, и многр. подобн. изъ слѣдующихъ).

Рядомъ съ этимъ процессъ расширенія правоспособности шелъ ступенями и въ классѣ тяглыхъ людей. И тутъ съ расширеніемъ правоспособности лицъ, принадлежащихъ къ тѣснѣйшимъ союзамъ, разрушались эти тѣснѣйшія союзныя формы, чаще всего входя, смотря по видамъ государства, въ болѣе широкія сочлененія (Неволинъ § 312; для исторіи городскихъ классовъ, людей тяглыхъ и нетяглыхъ, дворовъ черныхъ и бѣлыхъ, тамъ же § 314).

Процессъ образованія сословій, въ томъ видѣ, какъ опредѣлился ихъ составъ въ XVIII и въ главныхъ чертахъ удержался до реформъ прошлаго царствованія, знакомъ вамъ изъ очерковъ исторіи права (Лекціи и изслѣдов. проф. В. И. Сергѣевича, стр. 659 и слѣд.). До наступленія этихъ реформъ типъ сословной нормы былъ, какъ извѣстно, господствующимъ въ нашемъ законодательствѣ и въ тѣхъ его частяхъ, которыя составляютъ здѣсь предметъ нашего изученія.

Такимъ образомъ, въ Россіи до послѣдняго времени отдѣльный человѣкъ поставленъ былъ въ вопросѣ о его правоспособности не прямо въ отношеніе къ государству и его органамъ, а чрезъ посредство нѣкоторой сословной организаціи, вліявшей на многія стороны жизни и на отправленіе правосудія въ особенности. Лишь со времени реформъ прошлаго царствованія правоспособность гражданская отдѣльно взятыхъ людей поставлена въ прямое отношеніе къ закону государственному, обнимающему людей всякаго чина, и вмѣстѣ съ этимъ сняты признаки сословной организаціи общихъ судовъ, получившихъ назначеніе ограждать права всѣхъ и каждаго.

Этотъ процессъ распаденія старыхъ союзныхъ формъ, высвобожденія индивидуума изъ прежней условной и ограниченной правоспособности и, наконецъ, изъ частноправной зависимости, съ могучимъ содѣйствіемъ государства, имѣетъ, въ этихъ глав-

ныхъ чертахъ, въ нашей исторіи много общаго съ исторіей развитія западныхъ обществъ. Великая разница заключается въ томъ, главнѣйшимъ образомъ, что сословная организація и муниципальныя формы у насъ никогда не достигали такой силы въ своемъ развитіи, какую онѣ имѣли на Западѣ, и, подвергаясь частнымъ преобразованіямъ, служили скорѣе покорнымъ орудіемъ государственныхъ видовъ, чѣмъ обособленнымъ въ жизни общества, крѣпкимъ и самобытнымъ организмомъ.

Въ составѣ дѣйствующаго права мы легко различаемъ коллективныя единицы *стараго образованія*, которыхъ функціи въ правѣ публичномъ и правоспособность гражданская опредѣляются различными актами законодательной власти, обращенными именно къ сословіямъ, городамъ, установленіямъ. Эти акты суть частью стараго, частью, въ связи съ реформами прошлаго царствованія, новѣйшаго происхожденія.

Въ категорію коллективной гражданской правоспособности общаго (мы выдѣляемъ, какъ формы исключительнаго правообладанія, казну, дворцовыя управленія и имущества членовъ Императорскаго дома—см. ст. 697 и 698, п. 1, 2, 3) типа законъ заноситъ слѣдующіе виды: a, дворянскія, городскія и сельскія *общества*, а также земскія *учрежденія*, b, епархіальныя *начальства*, монастыри и церкви, c, богоугодныя *заведенія*, d, учебныя и ученыя заведенія, e, сословія лицъ, какъ-то: *товарищества*, компаніи, конкурсы.

Оставляя въ сторонѣ конкурсъ, который не можетъ стоять въ одной категоріи съ товариществами въ смыслѣ его правоспособности (см. выше), мы получаемъ значительное обиліе коллективныхъ формъ правообладанія, которыя при этомъ далеко не покрываютъ дѣйствительнаго разнообразія этихъ явленій въ жизни. Къ имущественному обладанію способны далеко не эти только союзы и установленія.

Наша кодификація даетъ намъ общія указанія на мѣсто системы, гдѣ подробно разработаны пространство и свойство правъ, могущихъ быть пріобрѣтаемыми этими субъектами (указ. ст. пр. 1-е). Такія *общія указанія* даютъ натурально не много для облегченія справокъ, да и дать точныя справки не легко, ибо коллективное имущественное обладаніе у насъ, какъ и на Западѣ, связано нерѣдко съ совершенно специфическими цѣлями, конхъ никакъ не перечислить до конца. И такъ, нѣкоторое почтенное лицо (г. Судіенко) пожертвовало капиталъ съ коммеморативными патріотическими цѣлями, на устройство памятника на полѣ полтавской битвы, съ храмомъ и школой при немъ. Кругъ лицъ,

сибиряковъ по происхожденію, собираетъ сумму денегъ и устраиваетъ особый капиталъ на содержаніе ученицъ въ Троицко-Савской женской гимназіи. Жертвуется для устройства безплатныхъ, на 600 человѣкъ, обѣдовъ въ Москвѣ значительный капиталъ на поминъ души такихъ-то въ такіе-то дни. Если такія добровольныя приношенія на пользу общую организуются какъ самостоятельный правообладатель актомъ Высочайшей воли, что нашъ законъ допускаетъ только въ виду заслуживающей сего цѣли и значительности размѣровъ пожертвованія, то мы получаемъ настоящее установленіе съ имущественной правоспособностью, ему присвоенной. Какая мѣра этой самостоятельности — это вопросъ даннаго случая, но явленія такихъ значительныхъ жертвъ на благо общее, „на благое просвѣщенія", въ память такого-то событія, весьма многочисленны и способны принимать самыя разнообразныя формы, для которыхъ не всегда найдется готовая категорія въ сводѣ законовъ.

Если мы всмотримся въ перечисленные статьей 698-й главные виды коллективнаго обладанія имуществомъ, то нѣкоторыя расчлененія получаются сами собой.

Это, съ одной стороны, коллективные обладатели *стариннаго* типа, каковы епархіальныя начальства, монастыри, церкви, сословныя общества; съ другой стороны—это мѣстныя учрежденія *новаго* типа, безсословнаго, каковы земскія учрежденія, установленія кредитныя и многочисленные виды товариществъ и компаній. Особо отъ этихъ категорій идутъ богоугодныя, учебныя и ученыя заведенія. Многія изъ такихъ формъ, сохраняя старинное наименованіе, теряютъ прежній характеръ организаціи, и изъ корпоративнаго строенія преобразовываются въ простыя установленія или въ установленія съ нѣкоторыми остатками стараго корпоративнаго строя. Прослѣдить этотъ переходъ всего удобнѣе на исторіи установленій церковныхъ. У насъ эти переходы видны и въ дѣйствующемъ законодательствѣ, особенно въ уставахъ иностранныхъ исповѣданій, гдѣ для церкви римско-католической господствующимъ типомъ является *типъ установленія, а для реформатской типъ корпораціи, или установленія съ признакомъ корпоративной организаціи* для завѣдыванія имуществомъ. Подробностей здѣсь не мѣсто касаться, хотя онѣ крайне любопытны и важны.

Средневѣковая доктрина именовала правообладателей со строемъ корпоративнымъ—collegia personalia, а правообладателей съ характеромъ комплекса имуществъ, куда назначаются завѣдующіе сверху, — collegia realia. Натурально для среднихъ формъ слѣ-

дуетъ различить еще категорію—collegia mixta. Въ кругу тѣхъ же правообладателей можно сдѣлать по другому признаку, по способу ихъ возникновенія, еще иныя группировки. И такъ, есть группы, возникающія независимо отъ воли лицъ, въ нихъ входящихъ. Таковы въ особенности группы стариннаго образованія, исповѣдныя (не одинаковыя, ибо есть исповѣданія, принадлежность къ коимъ опредѣляется рожденіемъ, но изъ коихъ выходъ свободенъ, есть такія, изъ коихъ невозможенъ и выходъ), частью сословныя. Но есть и такія, которыя образуются и въ составъ коихъ входитъ лицо свободно. Это преимущественно союзы новообразованные. Въ средневѣковой терминологіи это различіе обозначалось названіями collegia necessaria и voluntaria.

Вотъ простое обозрѣніе бытовыхъ явленій соціальной жизни прошлаго и настоящаго разныхъ европейскихъ обществъ въ ихъ исторической смѣнѣ и въ самыхъ общихъ характерныхъ для тѣхъ или другихъ группъ очертаніяхъ.

§ 24.

Задача юридическаго построенія союзныхъ формъ средневѣковой эпохи.—Пробужденное, подъ дѣйствіемъ реценціи, сознательное отношеніе къ своимъ бытовымъ даннымъ.—Иннокентій IV.—*Воля* коллегіи?—Persona ficta (и совпадающія линіи классической и новой конструкціи) — Несоотвѣтствіе теоретическаго построенія міровоззрѣнію эпохи.—Конструкція Вартола.—Вмѣненіе.—Есть ли въ этой конструкціи нѣмецкая національная основа?

Но, однако, что же представляютъ собою эти явленія для юриспруденціи? Все, что мы до сихъ поръ могли отмѣтить въ этомъ эволюціонномъ процессѣ,—это *первообразный* (относительно) характеръ однихъ союзныхъ формъ, изъ коихъ лишь постепенно выдѣляется отдѣльный, независимый отъ принадлежности къ тому или другому союзу, правоспособный человѣкъ, и *производный* характеръ другихъ союзныхъ формъ, которыя сами возникаютъ по соглашенію такихъ приватно-правоспособныхъ людей и служатъ въ гражданскомъ обмѣнѣ такими же активными дѣятелями, какъ и лицо физическое.

Этого, конечно, недостаточно, чтобъ дать *юридическую опредѣленность* показанному явленію въ гражданскомъ правѣ. Чтобъ это явленіе коллективныхъ правообладателей получило цивилистическую извѣстность, ему надлежитъ дать юридическую конструкцію. Намъ надо знать не только, какъ исторически возникаетъ это явленіе, но и какъ образуется, чѣмъ условливается, какъ прекращается, въ чемъ состоитъ эта особая правоспособ-

ность или цивильная личность коллективныхъ единицъ, какая позиція такихъ лицъ въ гражданскомъ общежитіи, какъ осуществляютъ они свою правоспособность, какъ дѣйствуютъ въ опредѣленной сферѣ правоотношеній, ищутъ, отвѣчаютъ, какое отношеніе союзной личности къ личностямъ въ ней, въ ея составѣ пребывающимъ и проч.

Возможно ли, однако, дать опредѣленность, хотя бы въ этомъ только условномъ, юридическомъ смыслѣ, явленію до такой степени измѣнчивому, какъ эти союзныя формы, хотя и не вполнѣ нами исчерпанныя, но все же настолько розныя и въ смыслѣ времени ихъ происхожденія, и въ отношеніи къ мѣсту, гдѣ онѣ возникали, и, наконецъ, къ типическимъ особенностямъ отдѣльныхъ группъ? Нѣтъ сомнѣнія, что одна конструкція отнюдь не въ состояніи будетъ и обнять всѣ эти явленія и вмѣстить въ себѣ сколько-нибудь близко къ жизненнымъ функціямъ разнородныя союзныя формы.

Чтобъ убѣдиться въ трудности найти одну формулу для всѣхъ этихъ явленій, достаточно взять хотя бы только различные виды одновременно существующихъ союзныхъ формъ. Но мы еще легче убѣдимся въ недостаточности одной формулы, если возьмемъ это разнообразіе формъ въ ихъ исторической смѣнѣ. Если трудно сейчасъ сказать, что корпорація, установленіе, казна суть одинаковыя формы коллективнаго обладанія, только съ разными видоизмѣненіями въ мелочахъ, то еще труднѣе подчинить одной конструкціи средневѣковую автономную корпорацію съ безразличіемъ состава ея правъ, публичныхъ и приватныхъ, съ ея властнымъ отношеніемъ къ сочленамъ, съ ея правомъ самозащиты противъ другихъ подобныхъ союзовъ, и нашу, напр., предпринимательскую акціонерную компанію, какихъ бы мощныхъ экономическихъ размѣровъ она ни достигла.

Ни на чемъ не испытывается и не доказывается такъ хорошо историческій характеръ основныхъ понятій права, какъ на постепенномъ перерожденіи, внутреннемъ, полномъ, въ условіяхъ измѣняющейся среды, такихъ явленій и формъ, которыя по наружнымъ признакамъ все кажутся какъ будто тѣми же, что были прежде. Таковы понятія правоспособности, личности, собственности, обязательства и т. д. Таково въ особенности понятіе личности коллективной, правоспособности союзной.

Долгое время формы коллективнаго обладанія были очень обильными и разнообразными, и въ сознаніи людей онѣ складывались, безъ всякой критики и сличенія, также непосредственно и наивно, какъ въ наше время понятіе обладанія отдѣльнаго,

какъ понятіе собственности и проч. Время изученія этихъ явленій, потребность подчинить ихъ извѣстнымъ нормамъ, противопоставить ихъ другимъ явленіямъ, есть дѣло послѣдующихъ успѣховъ сознанія. Въ западной жизни этому переходу отъ непосредственнаго, наивнаго міровоззрѣнія къ разумѣнію и различенію соціальныхъ явленій и къ сознанію ихъ строенія, наиболѣе содѣйствовала рецепція чужого, римскаго права. Это возможно обнаружить на исторіи многихъ институтовъ публичнаго и частнаго права на Западѣ. Но едва-ли въ исторіи какого понятія этотъ процессъ проходитъ на нашихъ глазахъ такъ ясно, какъ на понятіи юридическаго лица въ особенности.

Въ первое время рецепціи освоеніе глоссаторами латинскихъ текстовъ по этому вопросу еще настолько зависимое, условное и — можно сказать — *школьное*, что ожидать тутъ же умѣлаго и цѣлесообразнаго примѣненія римскихъ формулъ къ явленіямъ средневѣковой жизни было бы преждевременнымъ. Такъ проходитъ первая пора ознакомленія юристовъ-книжниковъ съ латинскими текстами и съ лежащей въ основѣ всей римской цивильной системы идеей личнаго обладанія. Эта идея личнаго обладанія еще до крайности блѣдно освѣщаетъ въ ихъ рукахъ своеобразныя формы обладанія коллективнаго, которыя несомнѣнно господствуютъ въ жизни. Таково первое время господства глоссаторовъ. Но уже во второмъ поколѣніи учениковъ болонской школы постоянное общеніе съ міромъ классической юриспруденціи производитъ изумительное дѣйствіе....

Вопросъ, подавшій поводъ къ разбору юридическаго строенія коллективныхъ правообладателей, былъ чисто практическаго свойства. Дѣло входило въ кругъ папской юрисдикціи. Надо было опредѣленнымъ образомъ отвѣтить на *вопросъ о вмѣненіи*, коему подлежала коллегія...

Итакъ, способна ли universitas personarum къ вмѣнимому дѣйствію, независимо отъ вопроса о виновности отдѣльныхъ ея членовъ?

Здѣсь суть дѣла, sedes materiae!

Отвѣтъ долженъ дать папа.

Апостольскій престолъ занималъ въ эту пору Иннокентій IV (Sinibaldus Fliscus), ученикъ болонской школы глоссаторовъ и канонистовъ, торжествующій соперникъ императора Фридриха II Гогенштауфена, славный ученый и политикъ. На первомъ соборѣ въ Ліонѣ, въ 1245 году, Иннокентій IV не только даетъ рѣшающій отвѣтъ поставленнаго выше вопроса, но вмѣстѣ съ этимъ, почти неожиданно, полагаетъ основу цѣлому ученію о юридиче-

скомъ лицѣ, проливая на это явленіе такой яркій свѣтъ, что, шесть вѣковъ спустя, геніальному юристу нашего времени, Ф. К. фонъ Савиньи, не остается ничего, какъ только повторить конструкцію папы Иннокентія во всѣхъ основныхъ ея чертахъ.

Интересъ этого ученія, очевидно, близокъ намъ по существу, хотя очень далекъ по времени и по условіямъ, въ коихъ опредѣлилась конструкція. Тѣмъ болѣе поразительна сила этой концепціи!

Въ чемъ же основа этого ученія? съ вопросомъ объ экскомуникаціи коллегіи, о виновности, вмѣненіи и наказаніи самой коллегіи папа обращается къ источникамъ классическаго права и на основаніи I. 15 § 1. D. de dolo malo (4, 3) заключаетъ: impossibile est quod universitas delinquat. Да, но этотъ текстъ (Ульпіана) извѣстенъ былъ давно, и быть можетъ рѣшеніе соотвѣтствовало совершенно понятію юридическаго лица у классиковъ и вовсе не способно было послужить основой для правосознанія XIII вѣка? На эти сомнѣнія именно папа Иннокентій IV и отвѣчаетъ намъ цѣлымъ построеніемъ своего ученія объ этомъ явленіи...

Если классики на вопросъ о вмѣненіи юридическому лицу отвѣчали отрицательно, то это не только вполнѣ понятно, но ясна также и причина или основа такого ихъ воззрѣнія. Въ томъ мірѣ вопросъ о личности, о правоспособности гражданской былъ, условіями римской цивилизаціи, поставленъ настолько обособленно отъ всякихъ другихъ квалификацій лица, физическихъ и общественныхъ, отъ вопроса о возрастѣ, здоровьѣ, общественномъ положеніи, принадлежности къ тому или другому союзу, что цивильно-правоспособнымъ могъ быть всякій, хотя бы вовсе невмѣняемый. Посему, съ правоспособностью гражданской вовсе тамъ не совпадалъ и не совмѣщался необходимо и вопросъ о волѣ вообще, о злой волѣ въ особенности. И такъ у римлянъ, совершенно естественно, муниципія, коллегія, корпорація *способны имѣть права*, должны нести отвѣтственность имущественную, ибо это такія же гражданско-правоспособныя личности, какъ и люди; *но у нихъ нѣтъ воли, нѣтъ злой воли*, которая вся цѣликомъ должна быть поставлена на счетъ *членовъ* коллегіи, и поэтому нѣтъ преступныхъ дѣйствій, нѣтъ наказаній, которыя и могутъ постигать только людей, подлежащихъ вмѣненію.

При этомъ надлежитъ замѣтить, что наши классическіе источники далеко не содержатъ въ себѣ какого-либо законченнаго ученія о юридическомъ лицѣ, въ которомъ выработана единая основа и на ней выполнено и довершено вполнѣ опредѣлившееся

построеніе. Ничего подобнаго нѣтъ. И мы сами вынуждены раскрывать эту внутреннюю основу и довершать построеніе классиковъ [1]).

Что же мы находимъ у Иннокентія IV? Въ его время, какъ мы еще яснѣе убѣдимся позже, далеко не было налицо тѣхъ болѣе или менѣе выразившихся основъ конструкціи, какія мы раскрываемъ у классиковъ. И вотъ, папа самъ указываетъ намъ эти основы, не римскія, а свои, притомъ, такія, которыя дѣлаютъ возможнымъ для него удержать въ силѣ почти всю ту конструкцію, какую онъ находилъ у классиковъ.

Въ чемъ же дѣло?

Пріемъ различенія понятій у папы вполнѣ соотвѣтствуетъ классическому. Понятіе universitas противополагается понятію societas [2]). Societas non est collegium per se. И такъ, силой простого договора не составляется universitas, и singuli, вступившіе въ договоръ товарищества, не образуютъ *отдѣльной отъ себя правоспособности союза*, nisi aliter constituatur per principem, vel senatusconsultum, vel alio modo. Уходя изъ состава договорнаго товарищества, каждый socius разрушаетъ соціететъ, и, совершенно иначе, выходящій изъ корпораціи членъ, актомъ своей воли, смертью, отнюдь не прекращаетъ ея существованія (Гирке стр. 285, ср. Гай l. 1 pr. § 1 D. III, 4 qvod cujuscunqve).

Что же такое коллегія? Папа на этой именно союзной формѣ, не на другихъ, не на установленіяхъ и piae causae, развиваетъ основы своего ученія, какъ и классики. Въ коллегіи, какъ и у римлянъ, рѣзко очерчена идея *единства* лицъ, въ нее входящихъ. Это *uni*versitas въ отличіе отъ *di*versitas въ соціететѣ. Это universitas personarum. Но какому же опредѣленію эта universitas подлежитъ въ юридическомъ смыслѣ? Папа продолжаетъ совершенно въ римскомъ смыслѣ: это лицо, это persona... До этихъ поръ все римское.

Но, однако, далѣе? Что же такое *лицо въ эту пору*, въ XIII вѣкѣ, въ жизни, въ дѣйствительности? Развѣ это та же абстрактно-цивильная правоспособность, которую безразлично можно

---

[1]) Возможно, что къ намъ не дошло много подробностей этого ученія, и что самое явленіе коллективной правоспособности было на дѣлѣ въ Римѣ значительно болѣе развито, чѣмъ это видно въ памятникахъ юридической письменности. Вопросъ этотъ очень любопытенъ и споренъ.

[2]) Крайне любопытно то сближеніе, какое встрѣчаемъ у Иннокентія для корпораціи съ корреалитетомъ. Казалось, это сближеніе составляетъ счастливую мысль, въ первый разъ осѣнившую професс. Ihering'a для уясненія исторіи развитія понятія юридическаго л. въ его Geist'ѣ, оказывается нѣтъ (Срав. у Гирке, т. III, стр. 286, прим. 118).

присвоивать и отдѣльному человѣку и коллегіи, какъ въ Римѣ, или это нѣчто иное?

И вотъ съ этой минуты идеи юрисконсульта XIII вѣка совсѣмъ расходятся съ конструкціей классиковъ.

Это лицо есть у папы и въ дальнѣйшей канонической экзегезѣ *только nomen intellectuale et res incorporalis.*

Рѣшающій вопросъ, необходимый въ духѣ времени и совершенно чуждый римской мысли, гдѣ-жъ *душа* этой особи? и отвѣтъ — это res inanimata, надъ коей невозможно таинство крещенія, это *не есть лицо въ томъ смыслѣ, въ коемъ мечты одаренные душою люди, стало быть — это* persona representata, *persona ficta.*

Вотъ гдѣ, откуда, какъ и на какой основѣ возникла идея и конструкція *фиктивныхъ* лицъ.

Это вовсе не римская идея. Фикція вовсе не нужна римлянамъ, которые пришли къ обособленію права приватнаго, правоспособности частной и личности путемъ историческимъ, безъ всякихъ фикцій. Фикція нужна была юрисконсультамъ XIII в., чтобы найти примиреніе этой обособленной гражданской личности классическаго міра съ своей дѣйствительностію.

Такова основа каноническаго построенія личности въ правѣ, вполнѣ отличная отъ римской практической и ихъ культурной основы для понятія цивильной личности. Но за этимъ различіемъ исходныхъ точекъ, всѣ дальнѣйшія консеквенціи въ ученіи Иннокентія вполнѣ сходятся съ классическими. Qvia universitas, sicut est capitulum, populus, gens et hujusmodi, nomina sunt juris et non personarum, ideo *non cadit in eos excommunicatio.* Qvia capitulum, qvid est nomen intellectuale et res incorporalis, *nihil facere potest nisi per membra sua.*

Въ дальнѣйшихъ моментахъ анализа правоспособности юридическаго лица у Иннокентія и его послѣдователей находимъ тотъ же пріемъ сближенія съ правоспособностью отдѣльныхъ людей, какъ у классиковъ. Если Юлій Павелъ говоритъ: municipes per se nihil possidere possunt, и Ульпіанъ прибавляетъ: sed hoc jure utimur ut et possidere et usucapere municipes possunt, idqve iis *per servum* et *per liberam personam* acqviratur, то не выражена-ли mutatis mutandis также основа въ словахъ каноническаго текста qvid si civitas *per ministros suos* possidet sic et ecclesia possidet *per canonicos* (Гирке, 291).

Противоположеніе имущественной сферы коллегіи и членовъ, въ смыслѣ активномъ и пассивномъ, есть тоже вполнѣ выраженное и оконченное, какъ и въ правѣ римскомъ: qvod est uni-

versitatis non est singulorum (Marcianus I, 6 § 1. D. de rer. div.). — si qvid universitati debetur singulis non debetur et v. v. (Ulpianus I. 7 § 2 qvod cujuscunqve). — Натурально въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ сочленъ коллегіи притязалъ бы на извѣстное пользованіе имуществомъ коллегіи, какъ отдѣльный каноникъ къ имуществу извѣстнаго церковнаго установленія, тамъ этотъ singulus притязалъ бы къ нему non jure singulari, sed jure collegii (Гирке, 294, 298).

Обходя менѣе характерные пункты ученія, мы остановимся на построеніи *дѣеспособности* коллегіи. Извѣстно, что эта сторона конструкціи не принадлежитъ къ числу наилучше разработанныхъ въ пандектахъ, и что въ мѣстахъ, трактующихъ этотъ вопросъ, имѣются въ виду въ особенности корпораціи публичнаго характера (Qvod major pars curiae efficit, pro eo habetur, ac si omnes egerint. Scaevola, I 19 D. ad municipalem 50. 1; общѣе у Ulp. l. 160 § 1 D. de R. I.). На этихъ основахъ Иннокентій и его послѣдователи строятъ, опять для корпорацій въ особенности, цѣлое ученіе. Самъ папа отчетливо формулируетъ положеніе, что корпорація, какъ nomen intellectuale, не можетъ ничего хотѣть, ибо неспособна ни къ актамъ воли, ни къ дѣяніямъ. Зато здѣсь возможно представительство съ прямымъ вліяніемъ дѣйствія представителя на правоотношенія юридическаго лица. Каноническое право принимаетъ прямо за regulae juris положенія — potest qvis per alium qvod potest facere per se ipsum, также qvi facit per alium est perinde ac si faciat per se ipsum, а отсюда выводитъ, что universitas дѣйствуетъ сама, если она дѣйствуетъ *чрезъ* другого.

Кто-жъ эти заступители корпорацій? Ея члены, ея органы. И такъ, не останавливаясь на менѣе выраженныхъ явленіяхъ замѣстительства, укажемъ на вполнѣ выразительную для канонической системы тэзу: jurante syndico nomine universitatis vel collegii ipsa universitas jurare videtur. Затѣмъ, во всѣхъ случаяхъ, гдѣ коллегія имѣетъ дѣйствовать collegialiter или capitulariter, тамъ рѣшаетъ консензъ сочленовъ, а если таковаго нѣтъ, то, въ условіяхъ самаго точнаго выполненія всего ритуала созыва членовъ, открытія собранія и проч., рѣшаетъ *большинство*, ибо major pars есть не только numerosior, но и *pars sanior*.

Вотъ въ самыхъ выпуклыхъ чертахъ понтификальное ученіе XIII вѣка о юридическомъ лицѣ. Оно, несомнѣнно, во всѣхъ деталяхъ составляетъ воспроизведеніе и развитіе воззрѣній римскихъ. Но если классическая юриспруденція находила для этихъ воззрѣній подлинную основу въ живой дѣйствительности своего

времени, если тамъ на самомъ дѣлѣ, для любыхъ субъектовъ, индивидуальныхъ и коллективныхъ, правоспособность гражданская, личность, являлась вполнѣ обособленной сферой отношеній, и для этой сферы отношеній опредѣлились и выработались всѣ условія и вся техника юридическихъ оборотныхъ операцій, то возможно-ли удержать въ той же силѣ, и особенно, *на той же основѣ* это обособленіе личности въ историческихъ условіяхъ средневѣковой жизни?

Несомнѣнно, нѣтъ.

И поэтому для Иннокентія IV такая обособленная личность, для коей основу составляетъ совокупность людей, должна была быть не дѣйствительностью, а *фикціей*. Собственно фикціей, дѣломъ мысли, операціей условной, была въ эту пору и вся система обособленныхъ гражданскихъ правоотношеній, все римское право... Что такое самый процессъ рецепціи, какъ не операція мысли, какъ не фикція длящейся имперіи цезаря, воображаемаго міра? Что это, какъ не задача, поставленная отрѣшенно отъ тогдашнихъ условій существованія, отъ данныхъ той эпохи, именно идеально? И на этомъ общемъ фонѣ средневѣкового сознанія фигура созданнаго геніемъ Иннокентія IV коллективно-правоспособнаго субъекта, тоже лишь мыслимаго, безтѣлеснаго, невмѣняемаго, даже безъисповѣднаго, и не менѣе того правоспособнаго, *что это могло быть для средневѣковой жизни*, не для стараго Рима, конечно, *какъ не фикція?...*

Интересъ конструкціи коллективнаго правообладанія и правоспособности, также какъ и всей рецепціи, далекъ, однако, отъ того, чтобы быть только теоретическимъ. Что же, на самомъ дѣлѣ, представляетъ собою юридическое лицо? Неужели и въ эту пору, какъ въ Римѣ, возможно противополагать членовъ, образующихъ коллегію, и самую коллегію какъ двѣ раздѣльныя сферы правообладанія? Неужели въ средневѣковой дѣйствительности явленія были все такія же, того же неизмѣннаго характера и содержанія какъ тѣ, отъ коихъ исходили юристы классики въ своихъ построеніяхъ? Если въ Римѣ былъ живой имущественный обмѣнъ, гдѣ необходимо было каждую минуту знать, о чьихъ, въ личномъ смыслѣ, правахъ идетъ рѣчь, индивидуальныхъ или членскихъ, или самой корпораціи, то неужели и въ средніе вѣка обмѣнъ былъ такимъ же живымъ, отдѣльно поставленные люди также правоспособны, какъ союзы, для союзовъ необходима такая же приватная правоспособность, какъ для людей? Неужели для корпорацій замкнутыхъ, самозаконныхъ, не только подчинявшихъ, но поглощавшихъ вполнѣ правоспособность своихъ членовъ, и

для тѣхъ свободныхъ союзныхъ формъ, какія зналъ Римъ, вопросъ о дѣйствіяхъ корпоративныхъ и дѣйствіяхъ отдѣльныхъ членовъ корпораціи, о ихъ отвѣтственности, могъ, не погрѣшая противъ живой правды и живого правосознанія, быть рѣшаемъ по одному масштабу?

Нѣтъ сомнѣнія, что чистая римская логика права не могла имѣть непосредственнаго приложенія къ этой, совсѣмъ непохожей на условія античной культуры, новой общественности.

Пока юриспруденція могла насыщаться одною духовною пищей, однимъ освоеніемъ красоты римскихъ конструкцій и служить лишь источникомъ хотя и весьма возвышеннаго, но вмѣстѣ съ этимъ и весьма отдаленнаго освѣщенія дѣйствительности, построенія, подобныя сейчасъ разобранному, могли не вызывать возраженій, хотя бы и возбуждали недоумѣніе.

Но необходимость освѣщать дѣйствительность ближе и подробнѣе, давать построенія юридическія, полнѣе и вѣрнѣе исчерпывающія подлинное содержаніе явленій, становилась съ каждымъ днемъ настойчивѣе. Отступленій частныхъ отъ опредѣлившейся въ источникахъ канонническаго права цѣльной основы конструкціи было недостаточно.

Всего процесса поправокъ, приноровленій и опытовъ новыхъ построеній обозрѣть коротко совсѣмъ нельзя. Не таково свойство средневѣковыхъ конструкцій вообще, юридическихъ въ особенности. И мы остановимся здѣсь на опредѣлившейся въ половинѣ XIV вѣка, совершенно иной, чѣмъ у Иннокентія, гораздо болѣе характерной для времени и быстро завоевавшей себѣ широкое поле примѣненія *конструкціи знаменитаго легиста Бартола*, который въ свое время не зналъ себѣ равнаго въ рѣшеніи труднѣйшихъ проблемъ юриспруденціи.

На всемъ ученіи объ обществѣ въ эту пору лежалъ характеръ опредѣлившійся въ св. Писаніи, въ Посланіяхъ Апостольскихъ, въ твореніяхъ Отцовъ Церкви, особенно блаженнаго Августина, de Civitate Dei. Исходя изъ этого источника, ученіе о началѣ единства, связующемъ все человѣчество въ одинъ организмъ съ его главою, Христомъ, отъ коего происходитъ все множественное (omnis multitudo derivatur ab uno), легло въ основу міровоззрѣнія Ѳомы Аквинскаго, выразилось въ идеяхъ Данте о государствѣ и воплотилось въ imperium mundi Бартола. Несмотря на своеобразныя сочетанія, въ коіи приходитъ эта спиритуалистическая и теологическая основа съ отдѣльными элементами античныхъ построеній, самая идея есть противоположная міро-

воззрѣнію античному и въ то же время совершенно соотвѣтствующая духу среднихъ вѣковъ.

Эта идея высшаго союза людей не могла не отпечатлѣться на построеніяхъ юристовъ въ ихъ ученіи о корпораціи. Могло ли это ученіе оставаться только репродукціей античной постройки, хотя бы съ мастерски подведенной новой основой какъ у Иннокентія? Конечно нѣтъ. Все построеніе, если только оно предназначалось для практическихъ цѣлей, для надобностей жизни въ ея новыхъ условіяхъ, въ этой иной, чѣмъ античная, эволюціонной фазѣ человѣческаго духа, должно быть выведено вновь отъ самаго основанія и до вершины.

Еще ранѣе появленія Бартола, притомъ въ лагерѣ канонистовъ, все тѣмъ же путемъ фикціи, коими оперировалъ Иннокентій IV, другой папа, Іоаннъ XXII, въ томъ самомъ пунктѣ ученія, который такъ драматизируетъ его и который послужилъ практической пробой воззрѣній Иннокентія въ ліонскомъ соборѣ, *о деликтѣ юридическаго лица*, выразилъ идеи, прямо противуположныя идеямъ своего великаго предшественника и притомъ много болѣе соотвѣтственныя духу времени. И такъ, нѣтъ сомнѣнія,—говоритъ Іоаннъ XXII—quantum ad rei veritatem, что юридическія лица, qvum animam non habeant, delinquere non possunt nec puniri. Но, однако, хотя у нихъ и нѣтъ подлинной личности (licet non habeant veram personam), tamen habent personam fictam fictione juris: et sic *eadem fictione* animam habent et delinquere possunt et puniri. Вотъ предѣлъ всемогущества канонической фикціи, которая способна изъ бездушнаго существа создать вполнѣ духовную сущность, чтобъ подлинный виновникъ не ускользнулъ отъ взысканія (Гирке, 364). Нѣтъ сомнѣнія, что ничего подобнаго не совершало и не имѣло надобности совершать право римское.

Но это лишь отдѣльные пункты. Довершеннымъ дѣломъ это отторженіе отъ римскихъ основъ и эта полная реконструкція всего ученія въ духѣ новаго времени является лишь у Бартола.

Начать съ того, что въ *понятіе* корпораціи и коллегіи Bartolus и легисты вообще вводятъ массу такихъ формъ средне-вѣкового союзнаго быта, о которыхъ римская мысль не имѣла никакого представленія. Сюда входятъ всевозможныя виды принудительныхъ территоріальныхъ союзовъ, федераціи, общины, автономные союзы, съ одной стороны, союзы семейные, сообщества школьныя и проч., съ другой. Въ этихъ явленіяхъ отнюдь нельзя проводить ясной границы публичнаго и частнаго права, какъ и вообще въ правообразованіяхъ средневѣковой эпохи, тѣмъ ме-

нѣе искать чистыхъ формъ союзной имущественной правоспособности.

Что же представляютъ собою, въ мысли легиста, такія образованія? Возможно ли въ этихъ, не только не сходныхъ, но не родственныхъ явленіямъ античной жизни формахъ видѣть тоже *противуположеніе отдѣльныхъ лицъ цѣлому*, какъ въ Римѣ (an universitas sit aliud qvam homines universitatis?)? Бартолъ допускаетъ, что realiter цѣлое не отличается отъ частей, но, secundum fictionem juris, universitas представляетъ единство, гдѣ всѣ вмѣстѣ, коллективно (omnes et universi) противополагаются всѣмъ и каждому, дистрибутивно (omnes et singuli). Вотъ эти схоластическія операціи и расчлененія... Натурально, такія абстракціи оставляли практической юриспруденціи самый широкій просторъ толкованія отдѣльнаго явленія то въ ту, то въ другую сторону (Гирке, 366, 367).

Способность образованія коллегій поставлена у Бартола на несравненно болѣе широкія и независимыя отъ государства основанія, чѣмъ у предшественниковъ и въ античной концепціи (370). Вмѣсто публичной власти единаго принцепса или народа римскаго, здѣсь цѣлая лѣстница властныхъ и подвластныхъ общинъ и установленій. Это частью вполнѣ автономныя общины (universitates superiorem non recognoscentes), частью зависимыя (и superiorem recognoscentes). Въ отношеніи къ сочленамъ корпорація есть не только координированное цѣлое, но и *высшее единство*, съ повелительнымъ, властнымъ отношеніемъ къ сочленамъ.

Въ вопросахъ имущественной правоспособности у Бартола и легистовъ находимъ тотъ же пріемъ *напоминанія* латинскихъ текстовъ, однако, вовсе не для того, чтобъ ихъ держаться и послѣдовательно развивать въ дальнѣйшемъ примѣненіи, а наоборотъ, чтобъ выправлять ихъ и формировать въ духѣ новыхъ правоотношеній.

И такъ, въ основѣ, собственность юридическаго лица не есть собственность его сочленовъ. Однако, сочлены эти имѣютъ въ той, или другой мѣрѣ притязанія къ пользованію чужой вещью. И въ результатѣ мы получаемъ характерное для средневѣковой системы раздвоеніе собственности на dominium directum и utile, на высшую и низшую собственность, Ober- и Unter-Eigenthum, т.-е. то начало субординаціи проникающей средневѣковую цивильную систему, до такой степени противоположное античному принципу координаціи въ этого рода отношеніяхъ... Къ этому надлежитъ присоединить союзное обладаніе, тоже-де обособленное, вещами внѣ-оборотными, предназначенными для публичнаго поль-

зованія (res publico usui destinatae), включеніе коихъ въ сферу имуществъ союза такъ мало даетъ для собственно цивильнаго содержанія этой сферы (374).

Совершенно также и въ обязательственной системѣ легисты исходятъ отъ классической тэзы: si qvid universitati debetur singulis non debetur, nec qvod debet universitas singuli debent.

Но тутъ, вполнѣ *соотвѣтственно пользованію членами имуществомъ союза*, *идетъ разработка отвѣтственности членовъ* прямо *за долги союза* въ самомъ окончennомъ видѣ съ болѣе или менѣе искусно подобранными для этого юридическими основаніями (379).

Нѣтъ никакого сомнѣнія, что во всей этой операціи, насколько она видоизмѣняетъ, вѣрнѣе, преобразовываетъ латинскія доктрины, обнаруживается наличность подъ рукой у юриста еще неразработанныхъ вовсе въ цивильномъ смыслѣ старыхъ формъ *общности обладанія*, а вовсе не подлинное противоположеніе гражданской правоспособности союза таковой отдѣльныхъ его членовъ.

Мы переходимъ къ характернѣйшему пункту, къ построенію органовъ дѣятельности юридическаго лица и къ вопросу объ отвѣтственности по его дѣйствіямъ. Этотъ пунктъ ученія не даромъ былъ исходнымъ въ конструкціи Иннокентія IV. На немъ испытывается весь смыслъ противоположенія правоспособности союза, особой отъ правоспособности его членовъ, и вся практическая сторона конструкціи въ цѣломъ.

Мы видѣли выше, что уже у Иннокентія pars major есть вмѣстѣ sanior. Нѣкоторый элементъ *повелительный*, и стало быть *характерный для права публичнаго*, а не частнаго, заключается необходимо въ строеніи товарищества, когда оно не есть только договорное отношеніе, а форма *единства*, *поставленная въ* извѣстную *независимость отъ консенза* или диссенза членовъ. Современное право въ этомъ отношеніи не можетъ быть совершенно отличнымъ отъ права Римскаго. Но дѣло въ томъ, насколько въ различныхъ историческихъ условіяхъ этотъ повелительный характеръ, эта „superioritas“, опредѣляетъ собою все строеніе коллегіи. Въ такія эпохи, когда преобладающимъ типомъ союзнаго правообладанія являются не свободно образующіеся изъ цивильно правоспособныхъ и равноправныхъ сочленовъ союзы, а союзы невольные, въ составѣ коихъ личность отдѣльнаго человѣка почти поглощена, тогда „superioritas“ составляетъ принципъ, вполнѣ опредѣляющій *всю внутреннюю жизнь союза*, весь его строй. Таковою именно и была союзная личность и строй союзнаго организма въ средніе вѣка.

Въ эту пору отдѣльный человѣкъ ищетъ обыкновенно стать весь въ связь съ союзомъ, въ который онъ входитъ. Это *не парціальная, а тотальная* принадлежность лица союзу. Если у членовъ обыкновенно есть право выбора постоянныхъ представителей коллегіи, то сама коллегія, т.-е. большинство ея членовъ, и эти избранные ею представители располагаютъ извѣстной автономіей (jus statuta condendi), юрисдикціей надъ членами и правомъ исключенія ихъ изъ состава союза.

Это, однако, только внѣшняя сторона конструкціи. Она важна для юриста, но для юриста средневѣкового она нераздѣльна съ вопросами внутренней природы этого явленія. Мы видѣли выше, что теологическое и спиритуалистское міровоззрѣніе того времени исходило отъ понятія единства, какъ источника множественности, и этому единству давало доминирующее значеніе въ вопросахъ соціальнаго строя. Согласно завѣтамъ апостольскимъ и отцовъ церкви, руководящіе учители того времени (Ѳома Аквинскій и друг.) видѣли во всемъ человѣчествѣ, во всѣхъ людяхъ, какъ бы единаго человѣка, omnes homines possunt considerari ut unus homo, и отдѣльные люди суть лишь multa membra unius corporis, и какъ движеніе руки не есть actus voluntarius voluntate ipsius manus, sed voluntate animae, такъ и для дѣйствія членовъ союза надо искать причину не въ нихъ самихъ, а въ высшей движущей силѣ.

Какъ же примѣняютъ учители-юристы эту основу міровоззрѣнія къ своимъ специфическимъ задачамъ? Операція совершается простымъ пріемомъ аналогіи и даетъ въ результатѣ единымъ духомъ проникнутый цѣлый союзъ, въ коемъ душа est tota in toto et in qvalibet parte.

Эта исходная точка совершенно неудобна для тѣхъ расчлененій и противоположеній, которыя завѣщаны были юристамъ классическою мудростью, и если источники классической литературы могли въ первое время подавляющимъ образомъ дѣйствовать на правосознаніе, свойственное времени, то несомнѣнно жизнь скоро должна была взять верхъ надъ чуждыми ей идеалами другого міра.

Мы обращаемся съ вопросомъ о вмѣненіи дѣйствій, дѣйствій преступныхъ въ особенности, къ руководящему легисту, къ Бартолу.

Вотъ его отвѣтъ.

Онъ хочетъ дать толкованіе на l. 16 § 10 D. de poenis 48, 19, и это толкованіе о возможности вмѣненія и наказанія юридическому лицу служитъ впослѣдствіи какъ бы канономъ всего этого ученія (Гирке, 403).

Вотъ результатъ. Фикція личности даетъ для юриста подлинную правду, и стало быть, въ смыслѣ юридическомъ, это лицо есть способное къ деликту.

И такъ, возможны не только дѣйствія вообще, но настоящія *преступныя дѣйствія самой корпораціи*! Деликты in ammittendo universitas совершаетъ „proprie“. Деликтъ in committendo, убійство, насиліе, прелюбодѣяніе, лицо юридическое совершаетъ improprie, чрезъ одобреніе, и чрезъ приказъ, чрезъ представителя, чрезъ сочленовъ.

Но не въ этой только возможности деликта заключается дѣло. Дѣло въ способѣ совершенія. Чтобы преступное дѣйствіе было дѣйствіемъ корпораціи, надо, чтобъ въ немъ былъ признакъ совершенія ею преступнаго акта, обряднымъ образомъ отъ нея исходящаго акта. Сочлены должны быть rite собраны, и дѣло подвергнуто обсужденію, стало быть, то что „pulsata campana et communicato consilio“ совершено большинствомъ корпораціи или ея представителемъ составляетъ дѣйствіе самой корпораціи, и она сама, universitas ipsa, несетъ за это отвѣтственность, подвергается наказанію и терпитъ его.

Ученіе Бартола, очевидно, въ принципіальномъ противоположеніи, прямомъ и рѣзко выраженномъ, съ ученіемъ Иннокентія IV...

Любопытно, что эта конструкція знаменитаго легиста произвела настоящій переворотъ въ каноническихъ именно ученіяхъ. Канонисты въ особенности спѣшили съ развернутымъ знаменемъ стать въ ряды послѣдователей Бартола, вопреки формальнаго авторитета противоположнаго ученія и несомнѣнной его классической основы.

Таковъ духъ времени, такова сила правосознанія, и такимъ, отвѣчающимъ духу времени, должно быть ученіе юриста, если оно хочетъ стать живымъ и дѣйственнымъ въ средѣ, для которой назначено!

Но вотъ, затѣмъ, трудность, которую нельзя, повидимому, одолѣть! *Какъ же взыскивать съ юридическаго лица*, что взять съ него, какъ подвергнуть лишеніямъ, *заставить страдать?*..

Разъ изобрѣтено вмѣненіе юридическому лицу, какъ придумать экзекуцію уже легче сравнительно. Задачѣ этой посвященъ былъ въ свое время не одинъ волюминозный трактатъ. Насъ это интересуетъ здѣсь въ малой степени, такъ какъ все, чего мы ищемъ въ этой фазѣ ученія, — это признака неумѣнья и явной практической ненадобности проводить въ ту пору ясную демаркаціонную линію между сферой правоотношеній двухъ лицъ,

когда это два человѣка, или когда одно изъ этихъ лицъ составляетъ союзъ, universitas, а другое есть членъ этого союза.

Бартолъ идетъ въ своемъ разсужденіи отъ такихъ посылокъ. Существуютъ несомнѣнно преступленія (противъ вѣры, противъ государства), въ коихъ невиновный сынъ терпитъ наказаніе заодно съ отцомъ. За преступленіе такого же рода имѣютъ быть караемы и лица юридическія, и тѣми же казнями, какъ люди. Такова судьба Трои, Карѳагена. Торжествующій повелитель произноситъ надъ ними своего рода смертный приговоръ — это condemnatio ad aratrum, коей подверглись названныя общины, или, въ замѣну матеріальнаго разрушенія, онѣ терпятъ смерть гражданскую, къ каковой нѣмецкій кесарь Генрихъ приговорилъ civitates Tusciae, не имѣя, однако, силы привести въ исполненіе свое рѣшеніе. Но и за всякаго рода деликты, кромѣ названныхъ, возможно наказаніе союза, напр., чрезъ конфискацію его имущества, а если нельзя иначе, то чрезъ переложеніе взысканія на отдѣльныхъ людей (singuli), хотя бы и невиновныхъ, или чрезъ замѣну невыполнимаго наказанія (обезглавленіе) выполнимымъ (денежное взысканіе).

Нужно ли говорить, что на глазахъ людей той эпохи *въ еврейскихъ погромахъ* безпрестанно повторялись эти случаи „вмѣненія“ цѣлому обществу того, что могли совершать лишь отдѣльные люди?

Въ ученіяхъ другихъ легистовъ, отступленіе отъ началъ права римскаго, какъ оно было понято и освоено канонистами, особенно Иннокентіемъ IV, несравненно болѣе грубое и рѣзкое, чѣмъ въ разобранной нами въ главныхъ чертахъ конструкціи Бартола. Они отражали на себѣ еще ближе къ дѣйствительности подлинныя черты грубаго безразличія права публичнаго и частнаго, рѣзкаго вторженія лицъ властныхъ въ сферу обладанія нижестоящихъ, постояннаго смѣшенія сознанія своей силы съ сознаніемъ своего права, словомъ, всѣхъ условій средневѣковой общественности, гдѣ правоспособность и личность одного человѣка отнюдь не есть равная правоспособности другого, если за ней нѣтъ тѣхъ фактическихъ рессурсовъ для осуществленія права, какими располагаетъ другая сторона.

Мы не останавливаемся на всѣхъ частностяхъ этихъ ученій и на процессѣ ихъ развитія и примѣненія въ позднѣйшее время въ разныхъ территоріяхъ западнаго міра. Уже въ томъ видѣ, какой мы дали выше ученію Бартола, легко можетъ возникнуть сомнѣніе, существовала ли уже тогда, въ его время, необходимость строго проводить раздѣльность обладанія членовъ союза и

самого союза. Нужно ли это было на этихъ невысокихъ ступеняхъ культуры права, въ той мѣрѣ какъ это было несомнѣнно необходимо въ классическомъ мірѣ? Если эта необходимость сказалась въ конструкціяхъ легистовъ, то не для того ли, скорѣе, чтобъ свести счеты съ привычками школы, латинской по преданію, чѣмъ по внутренней сущности явленій, которыя разбирались и построялись юристами. Быть можетъ, въ самой Италіи, а тѣмъ менѣе въ Германіи, долго бы не пришли къ необходимости противополагать jura singulorum и jura universitatis, еслибы не находили этихъ противоположеній въ латинскихъ текстахъ. Зачѣмъ это нужно, когда въ жизни еще столь несомнѣнные слѣды безразличія общаго и особаго, своего и союзнаго, публичнаго и приватнаго?

О. Гирке, съ любовью останавливаясь на этого рода явленіяхъ, даетъ намъ обильные матеріалы юридической литературы и законодательныхъ памятниковъ, въ коихъ болѣе или менѣе ясно выражена эта черта не-римскаго, германскаго будто бы, правосознанія. Эти подробности имѣютъ большой локальный интересъ. Но для цѣлой картины развитія коллективной правоспособности въ сферѣ гражданскихъ правоотношеній противоположеніе ученій Иннокентія и Бартола даетъ достаточное освѣщеніе. При этомъ, въ конструкціи Бартола совершенно ошибочно отмѣчать первые будто проблески германскаго правосознанія, противолежащаго римскому, какъ это дѣлаетъ Гирке. Въ ученіи Бартола нѣтъ ничего нѣмецкому національному правосознанію въ особенности свойственнаго. Въ отдаленномъ смыслѣ основы этого правосознанія, насколько онѣ не римскія — классическія, суть исповѣдныя, общія для христіанскаго міра и для времени господства теологическаго и спиритуалистскаго міровоззрѣнія. Въ ближайшемъ смыслѣ *основы* эти суть историческія, *свойственныя извѣстному состоянію культуры права*, и въ этомъ смыслѣ тоже *общія*, *а не особыя*, *самобытныя*, *національныя*, *нѣмецкія*. Мы ихъ поэтому и находимъ лучше и оконченнѣе выраженными именно у Бартола, не въ позднѣйшихъ нѣмецкихъ трактатахъ и законныхъ книгахъ, которые ничего самобытнаго тутъ не создали.

Нѣтъ сомнѣнія, что религіозное средневѣковое міровоззрѣніе стало со временемъ утрачивать свое опредѣляющее значеніе для права. Процессъ этотъ сказывается въ образованіи и развитіи философскихъ системъ новаго времени. По мѣрѣ измѣненія жизненныхъ отношеній, падали одна за другой старыя, казалось неодолимыя союзныя формы быта, подавлявшія личность. Освобождая человѣка изъ этихъ старинныхъ тяжелыхъ формъ безысход-

наго подчиненія, *новое государство* содѣйствуетъ образованію общихъ нормъ права, общихъ органовъ огражденія и укрѣпленія правъ, и вмѣстѣ съ этимъ постепенно раскрываетъ все болѣе широкую сферу примѣненія чистыхъ римскихъ началъ права частнаго и свободныхъ договорныхъ формъ образованія коллективныхъ правообладателей въ новыхъ условіяхъ быта.

§ 25.

Группировка современныхъ ученій о юридическомъ лицѣ.—Опыты *замѣны* латинской universitas такъ назыв. корпораціей германскаго типа.—Связь съ общимъ планомъ обезразличенія публичнаго и частнаго права.—Безелеръ.—Безразличіе эпохъ происхожденія союзовъ въ конструкціи Гирке.—Совпаденіе съ ученіемъ Бартола.

Мы остановились сравнительно долѣе на развитіи ученія о юридическомъ лицѣ, особенно о корпораціи, въ средніе вѣка, въ виду того, что внимательное изученіе тогдашнихъ теорій не только объясняетъ происхожденіе нынѣшнихъ ученій, но даже въ извѣстной степени замѣняетъ ихъ изученіе.

Внимательный пересмотръ главнѣйшихъ попытокъ конструировать правоспособность и дѣеспособность юридическаго лица въ новое время приводитъ насъ къ заключенію, что все обиліе этихъ попытокъ можетъ быть сведено къ двумъ группамъ ученій. Одну, по господствующей въ ней основѣ построенія, слѣдуетъ назвать группой *ученій романистовъ*, ибо въ этой группѣ болѣе или менѣе близко къ подлиннику воспроизводятся элементы конструкціи собственно классической. Еслибы не метода *фикціи*, указанная нами выше, которую внесъ въ конструкцію папа Иннокентій IV, то весь рядъ теорій юридическаго лица, который мы теперь находимъ въ нѣмецкихъ учебникахъ, можно было бы прямо называть *римскимъ*, *классическимъ*, неизмѣнно примѣняемымъ къ условіямъ нашего времени. Метода фикцій, имѣвшая, какъ было видно выше, нѣкоторое оправданіе для своего времени, для XIII вѣка, составляетъ нынѣ, въ школѣ Савиньи, и всей его пестрой свиты, несомнѣнный анахронизмъ. Въ виду этого совершенно понятенъ, въ кругу романистовъ, поворотъ отъ этого метода фикцій къ реальнымъ основамъ конструкціи. Въ наше время, *въ современныхъ бытовыхъ условіяхъ*, нѣтъ никакой нужды въ вымыслахъ, когда сама дѣйствительность даетъ намъ совершенно несомнѣнныя явленія *особой гражданской правоспособности для лицъ коллективныхъ*, какъ и для отдѣльныхъ живыхъ людей,

при этомъ особой не только по отношенію къ 3-мъ лицамъ, но точно также обособленной въ той или другой мѣрѣ и отъ своихъ сочленовъ.

Такимъ образомъ, чтобы представить себѣ, какъ слѣдуетъ строить нынѣ правоспособность коллективныхъ единицъ въ гражданскомъ правѣ повсюду, гдѣ она выдѣлилась какъ обособленная сфера правоотношеній, надлежитъ, сколько возможно, приближаться къ простымъ и вразумительнымъ основамъ римской конструкціи. Это наше мнѣніе, которое въ основѣ близко къ господствующимъ взглядамъ не только у нѣмцевъ, но и у французовъ, у бельгійскихъ ученыхъ, въ Швейцаріи, нынѣ въ новомъ, испанскомъ гражданскомъ кодексѣ [1]). Мы будемъ имѣть случай остановиться на нѣкоторыхъ важныхъ подробностяхъ примѣненія римскихъ конструкцій въ теперешнихъ системахъ въ заключеніе.

Это одна сторона дѣла.

Другую группу писателей, обработывающихъ нынѣ ученіе о юридическомъ лицѣ, составляютъ *германисты*. Мы имѣли случай выше, во введеніи, характеризовать въ общемъ это направленіе современной нѣмецкой юриспруденціи. Цѣль движенія составляетъ въ этой группѣ не только устраненіе римскаго права вообще (Ausstossungsprocess), но и созданіе, *взамѣну* его, самостоятельныхъ, *національныхъ* конструкцій. Во введеніи мы могли отмѣтить только общія черты этого нѣмецкаго творчества, которыя заключаются въ нѣкоторомъ обезразличеніи сферъ права публичнаго и приватнаго, такъ строго различающихся въ римской системѣ, и въ разработкѣ своихъ, нѣмецкому духу свойственныхъ, институтовъ взамѣнъ институтовъ римскаго происхожденія, мало-де говорящихъ нѣмецкому воображенію. Это были только общіе

[1]) Французы издаютъ нынѣ на французскомъ языкѣ Collections de codes étrangers, изъ коей мы уже выше указали переводъ Code civil espagnol promulgué le 24 juillet 1889. Сходный въ своихъ основахъ съ французскимъ этотъ кодексъ заключаетъ въ себѣ, въ разсматриваемомъ ученіи, важное отступленіе отъ своего прототипа, на коемъ настаивалъ покойный бельгійскій профессоръ Laurent. Въ титулѣ 2-мъ De la naissance et de l'extinction de la personnalité civile 1-й книги Des personnes мы имѣемъ два chapitres, 1-й des personnes, 2-й des personnes juridiques, гдѣ различены les corporations, associations d'intérêt particulier, civiles, commerciales, industrielles. Законъ опредѣляетъ способы ихъ возникновенія, ихъ право и дѣеспособность, прекращеніе и послѣдующую судьбу ихъ имуществъ. Все это въ самомъ общемъ смыслѣ (art. 35—40; въ нѣмецк. проектѣ 88 г. больше 20-ти параграфовъ. 41—64). Французскій переводчикъ, не безъ сознанія нѣкотораго пробѣла въ своемъ Code, замѣчаетъ, что если все это не выражено у нихъ expressement, то заключается implicitement въ art 537 до 542, 619, 910, 937, 1712, 2045, 2121, 2227, а также въ массѣ спеціальныхъ законовъ для публичныхъ и приватныхъ корпорацій и установленій. Это, однако, не одно и то же, и общія положенія, которыя выражены въ art. 537—542, совсѣмъ не замѣняютъ указанныхъ общихъ положеній новаго испанскаго кодекса. Chapitre Code'a, заключающій въ себѣ art. 537—542, послужилъ, къ сожалѣнію, прототипомъ для гл. 2-й, кн. 2-й, т. X, ч. I (ср. выше).

планы. Въ разсматриваемомъ ученіи мы видимъ ближайшее примѣненіе общихъ пріемовъ этой школы.

Можно безъ большой погрѣшности утверждать, что первенствующая роль въ истекшемъ вѣкѣ въ такой постановкѣ задачи изученія въ особенности коллективныхъ формъ принадлежала профессору Beseler'у въ извѣстномъ его сочиненіи Volksrecht und Juristenrecht (1843 г.). Мы говоримъ о юридической сторонѣ вопроса. Въ VI гл. названнаго сочиненія Безелеръ ищетъ ввести въ систему юридическихъ понятій чисто германское понятіе Genossenschaft, котораго, думаетъ онъ, никакъ нельзя подчинить латинскимъ построеніямъ. Внѣ понятія общности въ сферѣ брачнаго права римляне знаютъ лишь двѣ рѣзко одна другой противостоящія формы, сообщества (communio), возникающаго изъ договора товарищества (societas), и союза лицъ, воплощеннаго въ строеніи римской universitas (стр. 163). Совсѣмъ-де иначе все это по германскому праву, въ которомъ уже въ понятіи общины (Gemeinde) мы находимъ модификаціи строгаго римскаго понятія юридическаго лица, ибо и тутъ уже у сообщенниковъ (члены общины) встрѣчаются отдѣльныя права на извѣстныя общинныя имущества, для коихъ, думаетъ Безелеръ, въ римскомъ правѣ нѣтъ соотвѣтственныхъ понятій. Еще болѣе такихъ отклоненій даютъ нѣмецкія сотоварищества, технически Genossenschaften, въ коихъ органически *сочетаются* права отдѣльныхъ союзовъ съ правомъ самого товарищества, и по отношенію къ имуществу возникаетъ своеобразнѣйшее сочетаніе обѣихъ римскихъ формъ, т.-е. universitas, съ одной, и communio, съ другой стороны (указан. сочин., стр. 164). Такія явленія отличной отъ римскихъ понятій конструкціи юридическихъ отношеній Безелеръ указываетъ намъ: 1) въ союзахъ политическихъ (нѣмецкій Bund того времени, таможенный союзъ, владѣтельные дома, корпораціи разнаго рода, университеты, цехи, гильдіи); 2) въ остаткахъ старыхъ землевладѣльческихъ союзовъ, мѣстныхъ (марка, плотинный союзъ, товарищества для орошенія и друг. подобныя); 3) въ союзахъ церковныхъ; 4) въ разныхъ видахъ промысловыхъ и торговыхъ (горнопромышленный, страховой, акціонерныя и иныя торговыя товарищества) союзовъ; 5) въ обществахъ для религіозныхъ, научныхъ, художественныхъ цѣлей; 6) въ различныхъ формахъ общности семейной, въ союзахъ фамильныхъ знатнаго дворянства и въ нѣкоторыхъ семейно-союзныхъ установленіяхъ (особенно въ семейныхъ фиденкомиссахъ) для низшаго дворянства, а также въ общности имущественной супруговъ.

Вотъ главнѣйшіе виды этихъ союзовъ (Genossenschaften;

всѣхъ перечислять здѣсь нѣтъ нужды), которые образуютъ совершенно особыя, по мнѣнію Безелера, *чисто германскія* формы коллективнаго обладанія, гдѣ сплетаются два строго-различавшіеся у римлянъ типа правоотношеній, типъ общности, обладанія товарищескаго (communio), безъ обособленной отъ товарищей союзной личности, и типъ именно обособленнаго отъ сочленовъ имущественнаго обладанія лица юридическаго, личности союзной (universitas).

Нѣтъ никакого сомнѣнія, что въ кругъ этихъ явленій, отмѣченныхъ Безелеромъ, 1) включены союзы съ характеромъ чисто публичнымъ (Bund, союзъ таможенный), которыхъ сопоставленіе съ гражданской правоспособностью коллективныхъ единицъ, о чемъ собственно и трактуетъ римская цивильная система, едвали полезно. Съ другой стороны, 2) въ одномъ понятіи Genossenschaft у Безелера сопоставлены такія явленія, которыя имѣютъ крайне мало общаго не только по ихъ типу (публично или частно-правному), но и по эпохамъ, къ коимъ они принадлежатъ.

И такъ, для уясненія роли и строенія въ смыслѣ цивильномъ трудно извлечь что-либо дѣйствительно содержательное изъ сопоставленія, напр., привилегированныхъ формъ обладанія для лицъ высшаго дворянскаго состоянія и акціонерной компаніи. Въ одномъ будутъ черты болѣе или менѣе отдаленнаго прошлаго, безразличія приватнаго и публичнаго права, нормы ленной системы; въ другомъ—черты новаго времени, обособленіе права частнаго и публичнаго, нормы права торговаго или чисто-гражданскаго. Чтобы сопоставлять съ какимъ-либо практическимъ результатомъ такія несходныя явленія, надо найти для нихъ, такъ сказать, общаго знаменателя, свести старыя дворянскія привилегіи къ бумажнымъ цѣнностямъ, приватизировать ихъ, неоцѣниваемое сдѣлать оцѣночнымъ, властныя права выкупить. Тогда только возможно будетъ видѣть результатъ сравненія, иначе нѣтъ. Но вѣдь это значитъ уничтожить ихъ!...

Исходя отъ такого пестраго конгломерата не-римскихъ формъ, легко было стать въ противорѣчіе съ *римскими цивилистическими* конструкціями, но не легко было образовать свою, которая носила бы такой же характеръ опредѣленности, единства и оконченности и общности, какъ римская идея и форма коллективной гражданской личности или правоспособности.

Послѣ Безелера никто не сдѣлалъ для изученія этихъ явленій и ихъ юридической переработки столько, сколько сдѣлалъ профессоръ Оттонъ Гирке. На немъ намъ и слѣдуетъ остановиться.

Гирке беретъ явленія, какъ они даны въ исторіи. Если есть

въ эволюціонной смѣнѣ нѣмецкихъ формъ такое-то явленіе—оно есть нѣмецкое. Быть можетъ, оно было и въ исторіи римской общественности?—это его не смущаетъ. Быть можетъ, оно есть и въ исторіи другихъ народностей? Тогда его, можетъ быть, слѣдовало бы назвать *явленіемъ свойственнымъ извѣстной фазѣ въ исторіи общественнаго развитія вообще?* Гирке и на этомъ не останавливается. Для него важно противоположеніе римскаго права, хотя бы въ его окончательно опредѣлившейся позднѣйшей фазѣ, съ одной стороны, и явленій права германскаго *въ любую эпоху* развитія, съ другой. Онъ хочетъ, такимъ образомъ, имѣть противоположеніе своего, нѣмецкаго, чужому, римскому, хотя бы никакому сомнѣнію не подлежало, что *чужое, отдаленное, римское, способно въ извѣстную пору стать своимъ*, близкимъ, если сходятся условія развитія, а свое можетъ стать отдаленнымъ, чужимъ, если не народному духу, то эпохѣ, условіямъ даннаго времени.

Гирке беретъ эту мощную идею національной *цѣльности, единства и исключительности*, какъ готовую, какъ данную, не изслѣдуетъ, не провѣряетъ отношенія этой идеи къ дѣйствительности въ разныя эпохи національной жизни. У него нѣтъ процесса, который указываетъ какъ нормальный для исторіи національнаго сознанія Пухта, у коего сперва идетъ обособленіе, затѣмъ наступаетъ пора общности въ сознаніи разныхъ обществъ. По Гирке, то, что̀ есть наше, есть *только наше и навсегда наше*, а что есть чужое, навсегда должно остаться таковымъ. Это новая фаза партикуляризма, который у нѣмцевъ за племеннымъ, сословнымъ, земскимъ, городскимъ, сталъ теперь національнымъ, но не переставъ быть партикуляризмомъ. Когда рѣчь идетъ о явленіяхъ въ исторіи, мы натурально не можемъ стать на чью-бы то ни было точку зрѣнія, ибо явленія говорятъ сами за себя, безъ комментаріевъ. И такъ, мы видимъ, что въ исторіи Германіи смѣняются тѣ же явленія общественности, какъ и въ исторіи другихъ культурныхъ народовъ; мы видимъ смѣну исключительности общеніемъ, смѣну общенія въ кругахъ болѣе тѣсныхъ общеніемъ въ кругахъ болѣе широкихъ, общенія сперва своихъ только, потомъ своихъ и чужихъ. Мы видимъ, наконецъ, что не только явленія общественности измѣняются въ этомъ направленіи отъ болѣе тѣсныхъ къ болѣе широкимъ кругамъ; мы видимъ, что ни единый народъ ни въ прошломъ, ни въ современномъ состояніи не являлъ такого полнаго и тяжелаго подчиненія *чужой системѣ юридическихъ понятій*, какъ нѣмцы...

Мы выше видѣли, какія обширныя историческія штудіи пред-

шествовали у этого писателя созданію *своей* теоріи. Въ отношеніи учености, такъ сказать, грузоподъемной силы, онъ является настоящимъ Атлантомъ. Что же даетъ этотъ Атлантъ, когда онъ думаетъ своимъ, *нѣмецкимъ юридическимъ творчествомъ вытѣснить и замѣнить построенія, сложившіяся не въ нѣмецкомъ сознаніи?*

Пятьдесятъ лѣтъ назадъ, когда писалъ Безелеръ, вопросы исторіи рецепціи, а въ особенности способы примѣненія римскихъ понятій къ разбору и построенію явленій новой общественности, какіе мы видѣли выше у итальянскихъ юристовъ, далеко еще не привлекали къ себѣ столько вниманія въ Германіи, какъ въ настоящее время. Послѣ счастливаго почина въ изученіи исторіи рецепціи классической работой Ф. К. Ф. Савиньи: „Объ исторіи римскаго права въ средніе вѣка“, цѣлый рядъ спеціальныхъ сочиненій въ этой области дѣлаетъ возможнымъ прослѣдить самые разнообразные пріемы примѣненія римскихъ принциповъ къ явленіямъ новаго времени. Ученіе о лицѣ юридическомъ въ особенности крайне обильно попытками приноровить это понятіе и разныя черты его построенія къ любымъ эпохамъ праворазвитія и къ самымъ разнообразнымъ условіямъ общественности. Едва ли кто лучше Оттона Гирке успѣлъ ознакомиться со всѣмъ разнообразіемъ пріемовъ этихъ построеній. Такимъ образомъ, въ настоящее время гораздо легче, чѣмъ 50 лѣтъ назадъ, возможно, безъ большихъ рессурсовъ личнаго творчества, создать такое ученіе, которое не только ближе подойдетъ къ характеру явленій, незнакомыхъ классикамъ, но и будетъ имѣть за себя нѣкоторый искусъ практическаго примѣненія къ жизни. Если такое ученіе или такая конструкція будетъ болѣе или менѣе точнымъ снимкомъ съ ученія, положимъ, Бартола, то его нельзя будетъ назвать чисто римскимъ, и если все противоположеніе, которое мы допускаемъ въ этихъ вопросахъ, колеблется между римскимъ и германскимъ, то и ученіе Бартола возможно, конечно, не безъ нѣкоторой узурпаціи, назвать германскимъ. Собственно въ немъ ни по основамъ конструкціи, ни въ подробностяхъ не будетъ ничего національнаго. Это будетъ ученіе именно *вселенскаго характера, приноровленное* особенно *къ условіямъ слабаго развитія государственной власти*, автономнаго строенія различныхъ общественныхъ союзовъ (церкви, общины, сословія), нерасчлененности права публичнаго и частнаго, зависимаго и поглощеннаго союзомъ положенія личности человѣка. Точнымъ образомъ его надлежитъ назвать по этимъ признакамъ *средневѣковой доктриной* по преимуществу. Основоположенія этой конструкціи внѣ всякаго сомнѣнія

могли бы найти примѣненіе въ любой, не германской только, но и романской и славянской области, гдѣ есть налицо указанные признаки религіознаго сознанія и общественной организаціи. Они близко соотвѣтствуютъ указанному нами выше преобладанію союзныхъ формъ и въ прошлыхъ судьбахъ русскаго общества, а если бы у насъ была въ ту пору связь съ наукой и школой, то нѣтъ сомнѣнія, что только такая или такого типа конструкція способна была бы фиксировать юридически свойства явленій тогдашней нашей общественности.

Гирке въ своей теоріи принимаетъ за отправную точку построенія ту же идею единства (omnis multitudo derivatur ad uno, см. выше, стр. 435), какую мы только что видѣли въ средневѣковыхъ ученіяхъ объ обществѣ, но начало единства въ его догмѣ *не есть идеальное и всеобщее*, какъ на подлинной почвѣ этого ученія, а *обособленное и локализованное, такъ сказать, въ нѣмецкомъ національномъ сознаніи*, на коемъ и зиждутся союзныя формы нѣмецкаго склада, непохожія на римскія корпораціи.

При этомъ, однако, вмѣсто того обезличенія римскихъ понятій, помощью котораго Безелеръ старался опредѣлять особый характеръ этихъ конструкцій, Гирке устанавливаетъ въ самой основѣ своей теоріи различеніе формъ простой общности, разныхъ видовъ Gemeinderschaft'a или обладанія zur gesamten Hand (глава 3-я), отъ настоящей Genossenschaft.

Ясно, что у Гирке, иначе чѣмъ у Безелера, Genossenschaft будетъ составлять не простое безразличіе между communio и universitas, а нѣчто иное, новое. Но что же именно это за форма?

По опредѣленію Гирке это будетъ корпорація, но *корпорація германскаго права*. Натурально, этихъ двухъ признаковъ, а) это не простая общность и b) это не римская, а германская корпорація, далеко недостаточно, чтобъ положительнымъ образомъ опредѣлить юридическую природу этого явленія. Чтобы опредѣлить это явленіе во всѣхъ чертахъ и дать оконченную конструкцію ему, Гирке и написалъ свою теорію, которой и посвящены четыре главы его книги: 1-я, 2-я, 4-я и 5-я. Исключена, стало быть, только 3-я глава, посвященная тѣмъ формамъ германской общности, которыя не суть корпораціи.

Первое и насущное условіе союзовъ, которые относятся къ типу Genossenschaft или корпораціи германскаго права, заключается въ томъ, чтобъ *граница права публичнаго и частнаго была переведена на новое мѣсто*, а вмѣстѣ съ тѣмъ образовалась бы

особая сфера для такъ называемаго соціальнаго права. Не все право, какое бы оно ни было, публичное или приватное, будетъ составлять явленіе соціальное, а возникаетъ *особая сфера именно соціальнаго права*. Изъ этой области къ праву государственному, которое такимъ образомъ не сходится уже съ публичнымъ, будетъ относиться лишь то, что̀ важно для общества съ точки зрѣнія государства. Съ другой стороны, права соціальныя входятъ, въ составѣ корпораціи, въ сочетаніе съ правами индивидуальными. Такимъ образомъ, государство опредѣляетъ въ сферѣ правъ отдѣльныхъ корпорацій такія права, которыя суть публичныя, и такія, которыя суть индивидуальныя, разрѣзая, стало быть, эту сферу правъ на права соціальныя и чисто индивидуальныя.

§ 26.

Анализъ отдѣльныхъ моментовъ строенія юридическаго лица.—I. *Возникновеніе корпораціи.*—Сопоставленіе способовъ возникновенія корпораціи римскаго и германскаго типа въ ученіяхъ германистовъ.—Критика этихъ ученій.—Троякій способъ возникновенія корпорацій въ современной практикѣ.

Что же получаемъ мы для разъясненія вопроса о юридическомъ строеніи и особой сущности корпораціи германскаго типа для нашего времени?

Ученіе это разработывается по 4-мъ моментамъ: 1) возникновеніе этого вида союзовъ (гл. I), 2) юридическія отношенія корпорацій (гл. II), 3) корпоративная воля и дѣянія (гл. IV; гл. III указываетъ разные виды общности, гдѣ нѣтъ корпорацій), 4) измѣненія и прекращеніе корпорацій (гл. V). Мы разсмотримъ все ученіе въ его главнѣйшихъ и наиболѣе выпуклыхъ чертахъ, по этимъ моментамъ.

I. Возникновеніе корпораціи такъ назыв. германскаго типа. Если въ подлинномъ германскомъ юридическомъ сознаніи, по ученію германистовъ, не должно проходить грубаго расчлененія всего права на публичное и приватное, то ученіе о союзныхъ формахъ германскаго типа имѣетъ включить не одно только явленіе корпорацій съ ихъ приватной стороны, но и корпораціи публичныя по ихъ существу и по возможности во всемъ ихъ разнообразіи. Кругъ формъ, подлежащихъ изученію, сходится у Гирке съ показанными выше формами по Безелеру.

Есть рядъ писателей, которые думаютъ иначе чѣмъ Гирке и вовсе не ставятъ задачей изученія юридическаго лица это сопоставленіе явленій самаго различнаго свойства по ихъ происхо-

женію и сущности, хотя бы и имѣющихъ извѣстныя точки соприкосновенія одно съ другимъ. Но это тѣ писатели, которые ищутъ изученія даннаго юридическаго быта, а не преобразованія ошибочныхъ представленій современнаго законодательства, нынѣшнихъ судовъ, юриспруденціи римской школы, на основаніи болѣе глубокаго будто бы изученія основъ права, что беретъ совершить Гирке. Вычеркнуть у Гирке эту широкую постановку задачи— значитъ преобразовать всю его работу, и хотя въ этомъ видѣ работа даетъ массу неясностей въ смыслѣ практическомъ, но именно въ этомъ ея характеръ, въ этомъ свойствѣ задачи — измѣнить всѣ основы существующихъ воззрѣній, на мѣсто господствующей лжи дать торжество истинѣ, раскрытой настоящимъ ея истолкователемъ. Вездѣ у этого писателя изслѣдованіе переходитъ въ прорицаніе, задачи практическія въ гадательныя, и тутъ, по нашему разумѣнію, вся суть работы.

И такъ, какъ же возникаетъ корпорація? Въ отвѣтѣ читатель прежде всего долженъ предполагать и онъ не ошибется, что корпорація нѣмецкая должна возникать какъ бы то ни было, но непремѣнно иначе, чѣмъ у Римлянъ. Въ чемъ же признакъ этого отличія? Тутъ собственно авторъ заранѣе выдаетъ намъ весь секретъ своей конструкціи. Все дѣло въ томъ, что корпорація сама, по этому ученію, есть такое же *волеспособное существо, какъ и отдѣльно взятый человѣкъ*. Эта волеспособность корпораціи не составляетъ для насъ совершенной новости, ибо *мы видѣли нѣчто подобное* въ указанномъ выше *ученіи легистовъ*. Разница въ томъ только, что у легистовъ эта основа юридической конструкціи покоилась, въ свою очередь, на общемъ міровоззрѣніи того времени (см. выше, стр. 439). Отсюда, отъ этихъ отправныхъ точекъ построенія, общество, у легистовъ, цѣлое, должно было являться какъ единая и управляемая единою волей множественность. У Гирке, *безъ этой основы*, цѣлое, самообразующееся, какъ это будетъ показано ниже, совсѣмъ особымъ способомъ, представляетъ собою, однако, все такую же *особую и единую волевую сущность*, какъ и отдѣльный человѣкъ. А отъ этого *даннаго* (произвольно, собственно, взятаго для этого тѣснѣйшаго примѣненія), свойственнаго будто нѣмецкой и несвойственнаго римской корпораціи, получается отвѣтъ на вопросъ, *какъ возникаетъ корпорація германскаго типа*. Отвѣтъ этотъ заключается въ томъ, что эта коллективная личность не требуетъ для своего возникновенія акта *креаціи со стороны государства*, какъ это будто было необходимо для римской universitas, а воз-

никаетъ силой правосознанія, непосредственно, какъ и самъ человѣкъ [1]).

Насколько все это мнѣніе представляетъ собою сплетеніе явныхъ недоразумѣній и односторонностей, легко заключить 1) изъ того, что ничего подобнаго указанному требованію особаго акта креаціи нельзя допустить для права римскаго *въ любыя эпохи* его развитія и для любыхъ формъ союзнаго обладанія какъ общую характерную для римскаго сознанія особенность, 2) что признаки полицейскаго контроля въ позднюю пору римской исторіи права, какъ условія образованія *нѣкоторыхъ видовъ корпорацій* (только корпорацій, не установленій, piae causae, которыя въ эпоху христіанскихъ императоровъ возникали свободно), совсѣмъ не имѣютъ того смысла, который имѣлъ бы актъ персонификаціи со стороны государства, 3) что для современнаго нѣмецкаго права характерно требованіе почти во всѣхъ ландрехтахъ разрѣшенія или одобренія со стороны начальства для образованія правоспособной корпораціи и установленія [2]).

---

[1]) Различіе между особымъ актомъ законодательной власти, который давалъ жизнь корпораціи (jus constituendi), и простымъ актомъ управленія, по коему разрѣшалось открытіе таковой по неимѣнію препятствій со стороны полиціи (jus confirmandi), есть очень существенное, особенно въ государствѣ конституціонномъ, а между тѣмъ, это различіе не всегда точно проводилось старыми юристами.

[2]) См. для подтвержденія этихъ пунктовъ и для ближайшаго изученія вопроса у любого изъ нѣмецк. пандектистовъ ученіе о возникновеніи юридич. лица. Полезно взять § 63 въ Пандектахъ Дернбурга. Гирке не только утверждаетъ приведенное въ текстѣ для характеристики особенностей возникновенія корпораціи въ Германіи, но еще оспариваетъ чисто фактическую сторону дѣла, противъ Рота особенно (стр. 34 пр. 4). Послѣдній въ св. System d. deutsch. P. rechts, 1, § 70 и слѣд., § 72, § 73 пр. 16, утверждаетъ что права корпораціи возникаютъ именно черезъ предоставленіе (Verleihung) таковыхъ со стороны государственной власти. Прусскій Ландрехтъ, конечно, не менѣе, а болѣе иныхъ ландрехтовъ, характерный для подлинно-нѣмецкаго правосознанія, опредѣляетъ: die Korporationen und Gemeinden kommen nur solchen von Staate genehmigten Gesellschaften zu, die sich zu einem fortdauerden gemeinnuetzigen Zwecke verbunden haben (Allg. Landr. II, tit. 6, § 25). Совершенно основательно прибавляетъ Dernburg: Gleiches gilt fast in sämmtlichen deutschen Landen (Lehrb. des Preusz. Priv. rechts, 1, § 50, пр.). Что могутъ для общей характеристики явленія дать такія строго-опредѣленныя положенія, какъ приводимый Гирке законъ 15-го іюня 68 г., по силѣ коего права юридическаго лица пріобрѣтаются всѣми союзами лицъ, преслѣдующими частныя, а не публичныя цѣли, чрезъ простой актъ занесенія въ реестры такихъ союзовъ, при условіи, что *статуты соотвѣтствуютъ легальнымъ нормамъ*, заранѣе указаннымъ для этихъ случаевъ? Неужели это измѣняетъ дѣло? При этомъ еще надлежитъ замѣтить, что законъ 68 года объявляетъ именно, что въ этой формѣ, т.-е. въ формѣ занесенія въ реестры, и совершается собственно *признаніе союза со стороны государства*, коего требуетъ общій законъ (см. Bürg. Gesetzb. f. d. Königr. Sachsen, § 52—Das Recht d. Persönlichkeit steht .. den Personenvereinen, Anstalten, Vermögensmassen, welche *von Staate* als juristische Personen *anerkannt* sind). Нужна большая предвзятость, чтобъ въ этихъ свидѣтельствахъ видѣть подтвержденіе выраженной выше мысли объ особомъ отъ римскаго способѣ возникновенія нѣмецкой корпораціи.

Что требованія полицейскаго разрѣшенія не были рецепированы вмѣстѣ съ юстіановскими текстами въ общемъ правѣ въ Германіи—это характерно для эпохи рецепціи, а не для *національнаго* нѣмецкаго правосознанія.

Идеи, выраженныя въ этомъ 1-мъ пунктѣ ученія Гирке, суть внѣ сомнѣнія предвзятыя, ничѣмъ не поддержанныя и составляющія скорѣе всего произвольную и не много переработанную репродукцію итальянскихъ доктринъ позднѣйшей эпохи (см. выше), когда, при слабости государственной власти, нѣтъ сомнѣнія, корпораціи легко возникали per se и составляли не только союзы не признававшіе надъ собой высшей власти (superioritatem non recognoscentes), но нерѣдко оспаривавшіе самую власть у государства.

Но развѣ эта или подобная черта характеризуетъ современное нѣмецкое правосознаніе, а не извѣстную эпоху въ исторіи развитія европейскихъ обществъ, каково бы ни было, по національнымъ признакамъ, ихъ правосознаніе?

Нѣтъ никакого сомнѣнія, что нынѣшнее нѣмецкое государство много льготнѣе ставитъ условія новообразованія союзовъ гражданско-правоспособныхъ, чѣмъ это было до 48 года, въ послѣдніе годы имперской компетенціи этихъ вопросовъ особенно льготно. Но это далеко еще не указываетъ на необходимость классикамъ немножко приподняться до высоты нынѣшняго нѣмецкаго правосознанія, чтобы увидать настоящіе размѣры гражданской свободы и личной автономіи въ этой области задачъ свободнаго образованія корпорацій, какъ это полагаетъ, повидимому, Гирке.

Мы разсмотримъ засимъ, какіе способы указываетъ новый нѣмецкій кодексъ для образованія обособленной гражданской правоспособности, юридическоей личности, союзовъ. Это тѣмъ болѣе умѣстно здѣсь, что мы одновременно повѣримъ соотвѣтствіе ученій Гирке дѣйствительному состоянію нѣмецкаго права и вмѣстѣ съ этимъ увнаемъ и *общую методу дѣйствія* современныхъ законодательствъ въ данномъ вопросѣ, такъ какъ новый германскій кодексъ въ общемъ не представляетъ собою ничего рѣзко отклоняющагося отъ порядка, принятаго и въ другихъ государствахъ Европы.

Вообще возможенъ троякій способъ возникновенія гражданскихъ правоспособныхъ союзовъ (частью и установленій).

1. Это, во-первыхъ, тотъ, который Гирке (за нимъ Регельсбергеръ) виндицируетъ въ пользу своего, національнаго права, *именно свободное образованіе союзовъ*, которые становятся лич-

ными, цивильно-правоспособными, *силой* простого акта *коллективной воли* лицъ, образующихъ союзъ [1]). Это и есть то, что слѣдуетъ назвать свободнымъ, автономнымъ, самочиннымъ способомъ возникновенія гражданской личности союза, въ данномъ случаѣ, по мыслямъ названныхъ писателей, *корпораціи нѣмецкаго типа по общему гражданскому праву*. Въ этомъ и состоитъ предположенное названными писателями отличіе нѣмецкаго творческаго духа отъ римскаго, гдѣ подобной союзной личности нѣтъ.

Вотъ мы и имѣемъ по этому поводу замѣтить, что такой способъ существовалъ не въ нѣмецкомъ только общемъ правѣ, а повсюду, былъ безусловно практическимъ *въ извѣстную пору* слабаго развитія государственной власти, когда подобные правоспособные союзы представляютъ собою не гражданскую только личность, ибо таковая въ ту пору не обособлялась нигдѣ, а совершенно автономную общину, каковыхъ въ другихъ условіяхъ совсѣмъ встрѣтить нельзя, ни въ Римѣ, ни въ новое время. Въ современномъ нѣмецкомъ правѣ этотъ способъ возникновенія союзовъ допускается въ самомъ тѣсномъ приложеніи, для союзовъ самаго стариннаго типа, крайне тяжелаго по строенію и уступающаго нынѣ болѣе легкимъ союзнымъ формамъ, именно, въ горнозаводскомъ товариществѣ, о коемъ мы скажемъ ниже.

Чтожъ тутъ автономнаго, самочиннаго, какая здѣсь *имманентная*, по выраженію германистовъ, волеспособность коллективной единицы, достойная уподобленія подлинной человѣческой особѣ?

Наряду съ этимъ мы увидимъ далѣе, что возможно, опять не въ одной Германіи, а повсюду, образованіе товариществъ *силой простого договора, съ нѣкоторыми корпоративными правами*, которыхъ, однако, далеко недостаточно, чтобъ признать въ строеніи союза вполнѣ обособленную отъ сочленовъ союзную

[1]) Эту идею самозданнаго союза Габельсбергеръ выражаетъ краснымъ образнымъ языкомъ въ св. Пандектахъ: Gesammtwille союза возникаетъ изъ Einzelwillen wie aus vielen Rinnsalen der Strom (291); vereinigt bringen sie (Mitglieder) Willensäusserungen u. Wirkungen hervor u. dafür bilden die Individualwillen der an Webstuhl der Organisation sitzenden Menschen nur Elemente (293). Какъ возможно это утверждать, когда нѣмецкіе и общіе и партикулярные законы явно этому противорѣчатъ? Это можно объяснить себѣ или крайнимъ возбужденіемъ патріотическаго чувства, ослѣпляющаго изслѣдователя особымъ Sehnsucht'омъ къ родному праву и такимъ же нерасположеніемъ къ латинскому. Или, быть можетъ, эти нѣмецкіе писатели трактуютъ здѣсь о такомъ нѣмецкомъ національномъ духѣ въ образованіи самозданныхъ союзовъ, который обнаруживается не на имперской территоріи, а въ чужихъ краяхъ, въ другихъ частяхъ свѣта. Тогда почемъ-же знать, не возникаетъ ли такой же союзный духъ и у другихъ націй на чужихъ территоріяхъ? Для *союзовъ колоніальныхъ* имперскій законъ слѣдуетъ именно концессіонной системѣ.

личность. Германисты, указывая свободное образованіе корпораціи германскаго типа въ отличіе отъ латинской universitas, разумѣютъ не эту союзную форму, хотя нѣкоторыя проявленія этой формы, опять повсемѣстныя, а не нѣмецкія національныя, могутъ дѣйствительно быть названы современными самобытными, а *не рецепированными* союзными формами. Тяжелая форма горнозаводскаго союза по своему строенію подходитъ по нѣкоторымъ признакамъ тоже скорѣе сюда, чѣмъ къ подлинной корпораціи.

И такъ, свободная, актомъ коллективной воли образуемая обособленная личная корпорація не составляетъ совсѣмъ для современнаго права характернаго и отличающаго его отъ права римскаго явленія.

2. Другой, крайне распространенный нынѣ способъ образованія союзовъ съ обособленной союзной личностью есть *концессіонный*. Здѣсь государство тѣмъ или инымъ актомъ власти, спеціальнымъ закономъ, или всякій разъ разрѣшеніемъ подлежащаго правительственнаго органа *предоставляетъ союзу* именно обособленную союзную гражданскую правоспособность въ болѣе или менѣе обширномъ объемѣ. Нѣмецкія правительства, земскія и имперское, весьма хорошо понимаютъ цѣну такихъ концессій не только для концессіонарія, но и для концедента. Для концессіонарія это значительный подъемъ его экономическаго, соціальнаго, иногда и политическаго положенія (*ein bedeutungsvoller Machtzuwachs* [1]), котораго разсчетливое правительство не даетъ не сосчитавъ при семъ и собственныхъ интересовъ. Посему партикулярныя нѣмецкія правительства не уступили этого своего цѣннаго права не только предполагаемому національному *духу свободнаго* (безъ концессіи) *образованія* корпораціи, но не поступились этимъ правомъ ниже въ пользу центральной имперской власти. Право давать или не давать концессіи, удерживать старыя или вновь ихъ подтверждать удержано въ компетенціи партикулярныхъ правительствъ [2]) и послѣ кодекса 1896 г. въ томъ видѣ, какъ было до изданія кодекса.

Особенно широко система концессій примѣняется въ Пруссіи.

---

[1]) Ср. изд. Шульценштейномъ Zeitschr. f. deutsch. Civ. Proc. за 1893 г. ausserordentl. Beilage 1893 г., гдѣ публиковались мотивы ко Второму чтенію. Heft 1, стр. 14 и слѣд.

[2]) Удобно ли, напр., Пруссіи отказаться отъ этого права концессій, когда она требуетъ для образованія религіозныхъ и духовныхъ союзовъ, неимѣвшихъ въ силу конституціи корпоративнаго строенія, именно *законодательнаго акта* для этой цѣли. Во время такъ назыв. культурной борьбы особый законъ 1887 г. даровалъ лишь *нѣкоторымъ* монастырямъ, изъ коихъ многіе были закрыты въ эту эпоху, права юридическаго лица (Дернбургъ, Preuss. Pr. R. 5 изд. § 50).

Но эта система не представляетъ собою опять ничего характернаго только для Германіи, и всѣмъ хорошо извѣстно, что она есть общая для всѣхъ европейскихъ (и не европейскихъ) государствъ.

Для союзовъ, преслѣдующихъ *экономическія* цѣли, нѣм. код. 1896 г. требуетъ именно концессіи (ст. 22, 23) [1]). Это составляетъ самое очевидное и рѣзкое противоположеніе современнаго нѣмецкаго, общаго и партикулярнаго, способа сообщать союзу свойство юридической личности ученіямъ германистовъ о *свободномъ* образованіи союзовъ нѣмецкаго типа автономнымъ образомъ, о чемъ было сказано выше.

3. Наконецъ, третій общій способъ сообщенія союзу свойствъ обособленной гражданской правоспособности составляетъ простой актъ *занесенія такого союза въ реестры* надлежащей судебной инстанціи (нѣмец. код. 1896 г. art. 55).

Именно на немъ особенно пытались демонстрировать близость образованія отдѣльной правоспособности союза *съ общимъ способомъ констатировать правоспособность отдѣльнаго человѣка чрезъ занесеніе его въ метрики*, въ Standesregister у нѣмцевъ. Но это вполнѣ суетная аналогія! Начать съ того, что этотъ способъ допускается Имперскимъ закономъ далеко *не для всѣхъ* союзовъ, а только для тѣхъ, которые не преслѣдуютъ экономическихъ цѣлей (21). Затѣмъ, такіе союзы (ферейны для цѣлей научныхъ, художественныхъ, благотворительныхъ, общежительныхъ, отнюдь не религіозныхъ или политическихъ) только въ томъ случаѣ пріобрѣтаютъ чрезъ занесеніе въ реестры свойство юридическаго лица, когда строеніе ихъ строго *соотвѣтствуетъ реквизитамъ общаго для такихъ союзовъ нормативнаго закона*, т.-е. собственно, когда они составлены по заранѣе, такъ сказать, одобренному рецепту.

Но и при наличности всѣхъ реквизитовъ нормативнаго закона, союзъ пріобрѣтаетъ дефинитивнымъ образомъ цивильную личность вовсе не простымъ актомъ занесенія его, послѣ повѣрки всѣхъ реквизитовъ судомъ, въ судебные реестри. Для этого требуется еще истеченіе шестинедѣльнаго срока, который назначается для *евентуальнаго вмѣшательства административной власти*. Это есть особое Einspruchsrecht административныхъ инстанцій, котораго цѣль состоитъ-де въ томъ, чтобъ устранить послѣдующее

[1]) При этомъ не отмѣнены, какъ это было показано выше, прежніе имперскіе законы для пріобрѣтательныхъ и хозяйственныхъ артелей (Erwerb. u. Wirtschaftsgenossenschaften), для товариществъ торговыхъ, по общ. торг. код., и для послѣдующихъ измѣненій нѣкоторыхъ изъ нихъ, каковы акціонерн. компаніи.

вмѣшательство этой власти въ вопросы о цѣли существованія союза, дозволенной или недозволенной, особенно для изслѣдованія, не есть ли она политическая, или религіозная.

Какъ бы то ни было, но изъ указанныхъ реквизитовъ возникновенія и существованія признанныхъ, регулированныхъ и одобренныхъ послѣ сугубаго изслѣдованія союзовъ невозможно придти къ тому заключенію о способѣ возникновенія корпорацій германскаго типа, которое долженъ отличать ихъ отъ латинской universitas и отождествлять съ самобытно-волеспособнымъ субъектомъ гражданскаго права, лицомъ физическимъ.

Общія нормальныя условія для занесенія гражданско-правоспособныхъ союзовъ въ судебные списки суть частью *матеріальныя*, частью чисто *формальныя*. Для реестроспособности союзъ долженъ заключать въ себѣ не менѣе семи членовъ. Чтобъ достигнуть регистраціи союзъ долженъ носить индивидуализирующее его наименованіе, данныя о вступленіи, выходѣ, составѣ членовъ, ихъ имущественныхъ ставкахъ, составѣ и перемѣнахъ въ органахъ управленія, о цѣли союза, его мѣстожительствѣ. Всѣ эти опредѣленія должны явствовать *изъ статута союза*, который можетъ быть разработанъ свободно сочленами, въ широкихъ рамкахъ, но необходимо *подлежитъ явкѣ* вмѣстѣ со всѣми другими моментами образованія союза къ судебной записи. Цѣль всей операціи въ томъ, чтобъ дать союзной личности тотъ *формальный* чеканъ, который необходимъ для юридической извѣстности и постоянства ея функцій въ цивильномъ обмѣнѣ. Сама регистрація разсчитана на закономѣрность строенія союза, на достовѣрность и гласность всѣхъ данныхъ его существованія въ интересахъ его членовъ, третьихъ лицъ и въ цѣляхъ надзора.

Когда есть всѣ эти реквизиты и до наступленія условій его прекращенія, союзъ есть цивильно-личный, обособленный, отдѣльно правоспособный, юридически самобытный *въ тѣхъ предѣлахъ*, какіе присвоены ему союзнымъ статутомъ и общимъ нормативнымъ закономъ. Постоянная конституціональная связь его съ живымъ личнымъ составомъ сочленовъ даетъ союзу тотъ или другой типическій характеръ его строенія. Права сочленовъ и ихъ обязанности въ отношеніи къ союзу должны быть ясны изъ опредѣленій статута. Нормативный законъ касается всѣхъ этихъ вопросовъ лишь самымъ общимъ образомъ.

Вотъ все, что возможно сказать основательнаго объ этомъ первомъ моментѣ образованія юридической союзной правоспособности въ одномъ изъ самыхъ типическихъ для современнаго права законодательныхъ актовъ. Онъ очень далекъ отъ идеаловъ школы

германистовъ и по существу не заключаетъ въ себѣ ничего національнаго.

Близкія къ указаннымъ здѣсь разновидностямъ способовъ возникновенія коллективно-правоспособныхъ союзовъ представляетъ *боевой* французскій законъ 1-го іюля 1901 г. не точно озаглавленный—Le contrat d'association. Намъ придется трактовать этотъ законъ не разъ. Замѣтимъ здѣсь нормы, опредѣляющія возникновеніе этихъ association:

1. art. 2 говоритъ—если цѣль ассоціаціи направлена не на раздѣлъ общихъ барышей между товарищами, то онѣ могутъ *возникать свободно*, se former librement (sans autorisation ni déclaration préalable, безъ разрѣшенія и предварительной заявки). Число членовъ можетъ превышать 20, на коихъ останавливала свободу образованія союзовъ art. 291 C. pén. Если, однако, ассоціація имѣетъ образовать особую отъ членовъ гражданскую личность (capacité juridique), то для этого она имѣетъ сдѣлать предварительную заявку въ префектурѣ съ указаніемъ предмета, наименованія, мѣстожительства, состава, управленія, измѣненія состава (каждые 3 мѣсяца), огласить свое возникновеніе и зарегистроваться (art. 5). Этимъ путемъ достигается корпоративная, притомъ ограниченная гражданская правоспособность (о чемъ позже). Это titre I закона.

2. Повышенную правоспособность ассоціація *пріобрѣтаетъ*, когда государственный совѣтъ *призналъ* за ней utilité publique, причемъ каждый отдѣльный актъ этой повышенной правоспособности (даровыя стяжанія, dons и legs, см. art. 910 C. c.) требуютъ *вновь разрѣшенія* власти (Titre II).

Наконецъ 3, никакая религіозная конгрегація *не возникаетъ безъ разрѣшенія закона*, коимъ и опредѣляются всѣ условія ея функцій. Ни одно новое установленіе подобной конгрегаціи *не можетъ возникать* иначе, какъ силой особаго декрета государственнаго совѣта, art. 13 (Titre III.[1]).

Мы не разсматриваемъ здѣсь *общихъ нормъ* образованія коллективной личности во французскомъ правѣ, ибо такого общаго нормативнаго закона Code civ. не знаетъ, и исчерпывающее ознакомленіе съ этимъ вопросомъ получается лишь въ связи съ исторіей его разрѣшенія во французскомъ законодательствѣ послѣкодификаціонной эпохи, о чемъ позже.

Переходимъ ко второму пункту ученія.

---

[1]) Собственно въ ограниченіи и подчиненіи этого особаго вида ассоціацій и заключается вся цѣль закона 1 іюля 1902 г. съ несомнѣнно преобладающей политической тенденціей.

§ 27.

II. *Юридическія отношенія корпораціи.* — Абстрактный характеръ латинской universitas и „жизненность" нѣмецкой Gesammtperson.—Откуда явились фикціи?—Реальный характеръ строенія латинской universitas. — Причина неясности для насъ матеріальной стороны отношеній. — Попытка германистовъ опредѣлить свойства отношеній въ корпораціи нѣмецкаго типа юридическимъ методомъ.—Безуспѣшность.

Второй пунктъ ученія составляютъ *юридическія отношенія корпораціи.* Въ этомъ пунктѣ снова и въ особенности надлежитъ имѣть въ виду, что О. Гирке ставитъ задачу своей теоріи вовсе не въ духѣ соглашенія или примиренія римскихъ и современныхъ началъ. Наоборотъ, Гирке мыслитель вполнѣ радикальный, онъ создаетъ свою теорію, чтобы вытѣснить фальшивыя, не свойственныя нѣмецкому духу римскія конструкціи, чтобы дать торжество реальной личности, нѣмецкой Gesammtperson, *взамѣнъ* фантастической римской universitas!...

Нигдѣ эта подлинность, реальность нѣмецкой Gesammtperson не выразилась у нашего автора съ такой оконченностью и такъ очевидно вооруженной именно для Ausstossungsprocess'a какъ въ ученіи о свойствахъ юридическихъ отношеній Gessammtperson. Противуположеніе показано по всѣмъ пунктамъ, и вездѣ дано отличіе новаго построенія отъ стараго классическаго брака...

Мы кратко рекапитулируемъ задачи деструктивной критики, чтобы тѣмъ удобнѣе выдѣлялись черты новой конструкціи.

И такъ, у римлянъ лицо юридическое *не есть живое кровное*, и въ этомъ весь порокъ ихъ построеній. Въ нѣмецкомъ сознаніи это прямо реальная величина, Vollperson или Gesammtperson.

Въ чемъ же собственно видно это свойство безжизненности классическихъ конструкцій?

Римская конструкція потому не представляетъ собою живой и реальной силы, что universitas тамъ является вполнѣ *отрѣшенной отъ круга лицъ, ее образующихъ.* Права союза не суть права его членовъ. Обязательства союза не суть обязательства его членовъ. Тоже самое въ обратномъ смыслѣ. И такъ, по оцѣнкѣ германистовъ, что это будетъ? это будетъ какое-то отвлеченіе; что-то созданное фантазіей, какой-то вымыселъ, видѣніе, Vogelscheuche. Въ результатѣ—это ненужная, безполезная, даже вредная операція.

Мы не будемъ возвращаться къ доказанному выше положенію, что римляне сами не разсматривали коллективную правоспособность какъ вымышленную, фиктивную, какъ нѣчто, въ

смыслѣ *метода* образованія, совершенно отличное отъ правоспособности отдѣльнаго человѣка. Всѣ эти наименованія коллективной правоспособности фиктивнымъ, моральнымъ, воображаемымъ лицомъ, принадлежатъ другому времени и другому міровоззрѣнію (см. выше).

Но, быть можетъ, независимо отъ наименованія, *на дѣлѣ* это только вымыселъ, только фантазія, безжизненная и даже вредная операція юриспруденціи? Вотъ это именно охотно и утверждаютъ германисты.

Надо, стало, разобрать, въ чемъ *дѣло*, когда мы присвоиваемъ правоспособность союзу, обособляя ее отъ правоспособности или личности сочленовъ, въ чемъ суть этой операціи? Здѣсь-ли только, т. е. когда рѣчь идетъ о принадлежности правъ лицу, или союзу лицъ, или не здѣсь только, а также и въ другихъ случаяхъ юристы оперируютъ совершенно тѣмъ-же методомъ?

И такъ, мы представляемъ себѣ общину, въ которой, на ряду съ раздѣльнымъ обладаніемъ подворными участками, существуютъ водопой, каменоломни и другія неразверстанныя земельныя угодья въ общемъ пользованіи. Допустимъ, что это общинное хозяйство, въ измѣнившихся экономическихъ условіяхъ, распадается все на участки; и въ то же время въ этой мѣстности удерживаются старые земледѣльческіе промыслы. Постоянная потребность въ камнѣ, въ водопоѣ для скота, въ содержаніи путей и пользованіи ими остается той-же, какой была, но способы удовлетворенія не могутъ быть тѣми же. Для отдѣльнаго землевладѣльца теперь надо имѣть особое право прогона скота по чужому участку къ водопою, надо имѣть право водопоя въ сосѣдскомъ пруду, право пользоваться въ извѣстномъ размѣрѣ камнемъ, пескомъ, тоже изъ чужихъ участковъ, въ которые вошли эти угодья. Въ замѣнъ прежней задачи общиннаго управленія нераздѣльнымъ имуществомъ, служившаго этимъ потребностямъ, теперь является задача опредѣлить, для тѣхъ-же потребностей, вполнѣ жизненныхъ, *взаимоотношеніе участковъ по ихъ обособившимся* интересамъ пользованія указанными удобствами. Какъ это сдѣлать? Юриспруденція отвѣчаетъ образованіемъ особаго круга *вещныхъ* правоотношеній, которыя называются *предіальными сервитутами*, вотчинными службами, правами участія частнаго, гдѣ одинъ *участокъ является* правообладающимъ, *господствующимъ*, другой обязаннымъ, служебнымъ (praedium dominans, praedium serviens).

Что это за операція, совершаемая нами въ этомъ случаѣ, въ смыслѣ юридическомъ? *есть это фикція*, вымыселъ чего то несуществующаго, созданіе ненужныхъ фигуръ? Думается, что нѣтъ.

А между тѣмъ, развѣ въ самомъ дѣлѣ *участку* нуженъ проходъ, проѣздъ, каменоломня, *или хозяину* этого участка? Не можетъ быть сомнѣнія, что это все потребности *хозяина участка*, но, и въ этомъ вся суть дѣла, не того или другого, а *всякаго кто будетъ сидѣть на этой земледѣльческой площади*, въ этомъ округѣ, въ этой маркѣ. Такимъ образомъ юриспруденція, связывая сосѣдскія служебныя отношенія *съ участкомъ*, дѣлая участокъ *субъектомъ* правоотношенія, *не вымышляетъ ничего* произвольнаго, а опредѣляетъ принадлежность имущественнаго притязанія такимъ методомъ, который вполнѣ соотвѣтствуетъ цѣли, *методомъ присвоенія сервитутнаго права самому участку, безъименно*, въ этомъ смыслѣ абстрактно, и чрезъ это обезпечиваетъ пользованіе сервитутомъ преемственно *всякому*, заинтересованному въ этомъ собственнику участка. Нужно-ли еще подчеркивать, поименно перечислять, кого именно ради сервитутъ устроенъ? Этого ненужно и это невозможно, ибо преемственныхъ обладателей участка можетъ быть неопредѣленное множество, и каждый изъ нихъ, ставъ владѣльцемъ участка, ео ipso пріобрѣтаетъ пользованіе сервитутными правами.

Мы взяли примѣръ *отдѣльнаго правоотношенія*, коего составъ или принадлежность было бы неудобно опредѣлить связью его съ тѣмъ или другимъ хозяиномъ, которое необходимо связывать *съ любымъ* хозяиномъ такого-то участка анонимно, формулировать, въ этомъ смыслѣ, абстрактно.

Но возможно, что не отдѣльное юридическое отношеніе, а цѣлый комплексъ ихъ, *цѣлая сфера правъ и обязанностей* только тогда получитъ должную и соотвѣтствующую дѣлу опредѣленность, когда связь этой сферы правоотношеній будетъ установлена тоже съ опредѣленнымъ *не чрезъ простой перечетъ*, А, В, С, кругомъ лицъ, а съ кругомъ лицъ, одновременно или послѣдовательно существующихъ, но опредѣленнымъ тоже *отвлеченно*, абстрактными признаками. И такъ, пусть извѣстное помѣщеніе, извѣстные денежные рессурсы будутъ принадлежать обществу русскихъ врачей, стало быть, постоянно измѣнчивому кругу лицъ извѣстной квалификаціи, независимо отъ того или другого состава этого общества, при любомъ его составѣ; или, другой примѣръ, дворянскому обществу такой-то губерніи, ирбитскому городскому обществу, обществу владѣльцевъ ирбитскаго гостиннаго двора.

Что же, принадлежность эта будетъ *фикціей*, или настоящей дѣйствительностью, только опредѣляемой *методомъ извѣстнаго отвлеченія союза, какъ цѣлаго, отъ составныхъ его частей?* Отвѣтъ не оставляетъ никакихъ сомнѣній. Такой правообладатель

есть столь-же *реальный фактор* правообладанія, какъ и господствующій участокъ. Тутъ нѣтъ тѣни вымысла.

Едва ли возможно выдѣлить именно эту черту подлинности, эту *реальность* существованія союзовъ отдѣльно, *отвлеченно*, хотя и не вполнѣ независимо отъ состава членовъ, лучше, чѣмъ мы находимъ это у Альфена (I. 76 D. de judiciis 5. 1). Вопросъ въ томъ, тотъ-же будетъ судъ, если измѣнится составъ судей, или иной? Альфенъ отвѣчаетъ, что тождество суда не подлежитъ никакому сомнѣнію, хотя-бы въ его составѣ перемѣнились всѣ судьи, когда они продолжали разсмотрѣніе того же дѣла. И тутъ, дескать, мы имѣемъ то же явленіе, которое повторяется и во многихъ другихъ случаяхъ, ибо, напримѣръ, и легіонъ остается *все тѣмъ же*, хотя составъ его весь измѣнился выходомъ прежнихъ и вступленіемъ новыхъ воиновъ, и народъ (populus) будетъ *все тотъ-же* нынѣ, какимъ былъ сто лѣтъ назадъ, хотя изъ людей того вѣка не осталось нынѣ въ живыхъ ни единаго человѣка... Да, наконецъ, думаетъ Альфенъ, ссылаясь на старыхъ мыслителей, и каждый изъ насъ долженъ бы почесть себя самого за иного, чѣмъ былъ годъ назадъ, если бы ежедневный обмѣнъ атомовъ тѣла оказывалъ отрицательное дѣйствіе на наше тожество. Такова мысль юриста-классика.

И такъ, цѣлое есть *иное*, чѣмъ части его образующія, и не менѣе того вполнѣ *реальное существованіе*, которое необходимо, юристу въ особенности, мыслить и представлять себѣ независимо отъ составныхъ частей, абстрагировать, но отнюдь не измышлять, не создавать произвольно, не фингировать вопреки дѣйствительности.

Вотъ простая основа римскаго *ученія особой отъ сочленовъ сферы правообладанія союза*.

Для извѣстной цѣли въ этомъ отвлеченіи и обособленіи рѣшенъ очень важный юридическій вопросъ, вопросъ *о субъектѣ права, о принадлежности* правоотношенія, das Haben, какъ говоритъ Брунсъ (см. выше стр. 278).

И такъ, чье имущество?—Союза, корпораціи. Чьи деньги, чьи требованія, чья отвѣтственность?—Союза, и только, отнюдь не его членовъ.

Но исчерпывается ли этой стороной дѣла (вопросами принадлежности) вся задача? Мы съ намѣреніемъ выше привели въ параллель отвлеченный отъ правообладанія вопросъ *пользованія* сервитутомъ. Если сказано, что у такого-то имѣнія есть право участія частнаго (сервитутъ) по отношенію къ такому-то другому, то все ли этимъ сказано? Совершенно также, если сказано, что

это помѣщеніе, домъ, деньги, библіотека принадлежатъ городу, дворянскому обществу, обществу русскихъ врачей, то значитъ ли, что все содержаніе отношенія этимъ исчерпано какъ въ томъ случаѣ, когда сказано, что это домъ князя N?.. Дальше этого опредѣленія (домъ князя N) въ послѣднемъ примѣрѣ нѣтъ никакой нужды идти въ вопросѣ права вообще, ибо этимъ опредѣленіемъ все дано, и das Haben, важнѣйшій для гражданскаго оборота пунктъ, кому принадлежитъ имущество, чье оно, и das Geniessen, внутренній моментъ, кто имѣетъ пользоваться этимъ добромъ. Оба момента явны разомъ.

Такъ ли же просто дѣло, когда мы говоримъ—это сервитутъ, принадлежащій такому-то имѣнію, или это собственность Общества русскихъ врачей? Конечно, далеко нѣтъ, ибо опредѣливъ такимъ образомъ *принадлежность*, мы устанавливаемъ только посредствующее юридическое положеніе вещи. Не имѣнію сосѣднему *нуженъ* сервитутъ, *не союзу* потребно *пользоваться* залами клуба врачей, а смѣняющимся собственникамъ имѣнія въ первомъ случаѣ, и извѣстному кругу людей, образующихъ общество нынѣ и нынѣ имѣющихъ право пользоваться заломъ, библіотекой и проч. этого общества, во второмъ. Вотъ гдѣ *дестинатеры* конструкціи, вотъ на кого, въ *матеріальномъ* смыслѣ, разсчитана эта посредствующая фигура praedii dominantis, или universitatis, collegii и проч. Они скрыты (стоятъ dahinter) за этими юридическими образами, выдвинутыми впередъ (davor).

Когда мы говоримъ — это имущество общества, сословія, то все ли сказано для опредѣленія его юридической позиціи? Все, для положенія этого имущества въ гражданскомъ оборотѣ, совершенно такъ, какъ все сказано, когда опредѣлено, что такое-то имущество составляетъ собственность князя N. Въ этомъ указана *самостоятельная въ гражданскомъ смыслѣ*, обособленная, какъ для лица sui juris, позиція этого дома, этой земли въ гражданскомъ обмѣнѣ, принадлежность его къ извѣстной сферѣ правообладанія, подчиненность усмотрѣнію извѣстнаго правоспособнаго субъекта, общества, города, компаніи. Этого указанія, *чье имущество*, довольно, чтобъ вѣдать его, распоряжать имъ, совершать любые юридическіе акты на его имя, искать, отвѣчать на судѣ. Словомъ, извѣстна вся *формальная сторона* конструкціи.

Неопредѣленной, неизвѣстной остается пока лишь *внутренняя сторона* этого построенія. И этой внутренней стороны нѣтъ никакой нужды давать юридическую извѣстность въ тѣхъ случаяхъ, когда собственникъ есть князь N. До извѣстнаго предѣла, пока заинтересованъ только самъ князь и никто болѣе, все вѣ-

домство этой внутренней стороны условлено волей хозяина, его *усмотрѣніемъ*. Она становится юридически любопытной только тогда, когда въ томъ или другомъ способѣ пользованія и управленія имуществомъ окажутся заинтересованными *3-тьи лица*, положимъ, вѣрители князя, имѣющіе залоговыя юридическія притязанія къ его дому. Тутъ уже начинается нѣкоторое *раздвоеніе внѣшней, формальной, и внутренней, матеріальной стороны правообладанія*. Хозяинъ можетъ дѣлать что хочетъ, но онъ обязанъ не забывать стоящихъ dahinter залоговѣрителей, арендаторовъ и проч.

Если въ этомъ случаѣ обладанія раздвоеніе выступаетъ только *eventуально*, когда, допустимъ, у князя нѣтъ денегъ, то въ случаяхъ принадлежности имущества юридическому лицу такое раздвоеніе есть *принципіальное*, ибо внѣшняя и внутренняя сторона правообладанія будетъ здѣсь нормально находиться въ разныхъ рукахъ.

Если мы поставимъ себѣ цѣлью коротко и просто выразить свойство римской корпораціи, то намъ надо будетъ именно отмѣтить двѣ черты: 1) принадлежность имущества формальному единству, союзу, и 2) скрытую за этой формальной стороной конструкціи матеріальную сторону отношенія, которую легко раскрыть подъ этой оболочкой правоотношенія, расчитанной собственно на опредѣленность, „юридическую извѣстность“, удобство оборотныхъ функцій корпораціи. Въ догматическихъ построеніяхъ классиковъ, которые извѣстны намъ только въ самыхъ прецизныхъ и краткихъ чертахъ, матеріальная сторона дѣла какъ бы вовсе поглощена. Но для того, чтобъ правильно понять *живую сторону явленій*, намъ нельзя останавливаться на этой *логикѣ конструкціи*. За формой скрыто содержаніе института. Форма никогда не есть сама себѣ цѣль.

Такимъ образомъ, въ построеніяхъ классиковъ намъ слѣдуетъ видѣть только методу, способъ, средство дать формальную извѣстность и ясность правоотношеніямъ, и если мы не можемъ раскрыть для каждаго даннаго случая въ старомъ правѣ матеріальной основы, повода, цѣли образованія юридическаго лица, то это объясняется свойствомъ источниковъ (скудость) и отдаленностью явленія отъ насъ. Не можетъ быть никакого сомнѣнія, что въ каждомъ данномъ случаѣ лица, образовывавшія корпораціи, хорошо знали, изъ какихъ рессурсовъ и для какихъ цѣлей они выдѣляли, какъ особую, правоспособность корпораціи и какіе въ матеріальномъ смыслѣ результаты извлекалъ *каждый изъ*

сочленовъ изъ этой операціи. Изъ того что эта сторона *намъ невидна*, нельзя заключать, что ея не существовало на дѣлѣ.

Натурально, тамъ, гдѣ задача послѣдующей критики будетъ только деструктивная, тамъ разборъ построенія будутъ начинать именно съ того момента, который вовсе не составляетъ ближайшей цѣли конструкціи. Въ данномъ случаѣ, нѣмецкая отрицательная критика римской конструкціи юридическаго лица начинается съ того, что изъ построенія классиковъ вовсе де не видать, какъ же члены корпораціи относятся къ матеріальной сторонѣ этого формальнаго, отвлеченно-личнаго преобладанія. Рядомъ съ деструктивными задачами шли, къ сожалѣнію, одни неудачнѣе другой, попытки *своихъ* построеній. Частью мы уже имѣли случай указать ихъ выше.

Для тѣхъ опытовъ построенія, которые имѣютъ цѣлью вообособенности разрабоку внутренняго строенія корпорацій, ея *юридическихъ отношеній* вообособенности, мѣсто именно здѣсь, во 2-й главѣ Гирке.

Вмѣсто латинскаго фантома авторъ обѣщаетъ намъ *живой, говорящій нѣмецкому слуху* и удовлетворяющій *зрѣнію нѣмца образъ* коллективнаго лица.

Вотъ онъ. Если римлянинъ толкуетъ юридическое лицо какъ абстрактно-извѣстную и отдѣльную отъ сочленовъ правоспособность, то, по мнѣнію германистовъ, тутъ нѣтъ достаточной осязательности для нѣмецкой мысли. Строеніе корпораціи нѣмецкаго права рознится отъ латынскаго тѣмъ, что въ корпораціи необходимо должна быть выражена не отрѣшенность ея отъ членовъ, а прямо обратно, тѣсная и неразрывная связь множественности съ единствомъ.

Это и есть то, что составляетъ *опредѣляющее начало*, отличительный признакъ нѣмецкой Genossenschaft, das genossenschaftliche Princip; а такъ какъ въ понятіе Genossenschaft входятъ едва ли не всѣ соціальныя формы, кромѣ чисто договорныхъ и свободно разрѣшаемыхъ, то этимъ принципомъ, въ отличіе отъ римскаго, и опредѣляется собственно весь германскій соціальный строй, начиная отъ формъ федеральнаго государства, союза церковнаго, и до простой акціонерной компаніи.

И такъ, *единство* федеративнаго государства, единство церковной общины, старой германской марки, плотиннаго союза, горнозаводскаго дѣла, акціонерной компаніи, не есть опредѣляющій эти формы принципъ. Чтобъ опредѣлить ихъ нужна organische Verbindung der vielheitlichen Sonderrechte der Glieder mit dem einheitlichen Gesammtrecht (Гирке, стр. 307 и

слѣд.). Этихъ образованій не опредѣляетъ ни центростремительная, ни центробѣжная сила, а то что автору угодно именовать *чрезвычайной растяжимостью* нѣмецкаго и вообще современнаго понятія корпораціи (Гирке, стр. 306).

Ученый германистъ Heusler (Андрей), авторъ Institutionen des deutschen Privatrechts, 1885 г., отвѣчающій требованіямъ національнаго самолюбія нѣмцевъ, имѣетъ непремѣнно *свое* право, инымъ путемъ [1]), чѣмъ Гирке, замѣчаетъ своему собрату, что его organische Verbindung между Единствомъ и Множественностью въ нѣмецкой корпораціи не представляетъ достаточной простоты и что непрестанный возвратъ творца теоріи къ формулировкѣ то тѣмъ, то другимъ способомъ его понятій и опредѣленій производитъ впечатлѣніе, *будто и самъ авторъ не легко умѣетъ найти подлинное выраженіе своимъ идеямъ*. Гирке возражаетъ, что нельзя найти простого выраженія для явленій, которыя сами отличаются сложностью [2]). Упрекъ Гейслера Гирке, однако, вполнѣ основателенъ. Отсутствіе простоты и вразумительности конструкціи Гирке не подлежитъ никакому сомнѣнію, несмотря на то, что она именно разсчитана на осязательность

---

[1]) Мы думаемъ, что особенность методы Heusler'a въ этомъ его стремленіи заключается въ томъ, что онъ примѣняетъ къ явленіямъ очень ранняго и мало развитаго юридическаго быта Германіи такія понятія и термины, которыя принадлежатъ весьма развитому римскому быту и усвоены нынѣшней классической школой юриспруденціи изъ римскихъ источниковъ. Результатъ выходитъ такой, что эта расчлененность понятій составляла будто бы достояніе и старой нѣмецкой мысли, что совершенно ошибочно.

[2]) Ср. указ. сочин. Heusler'a. стр. 262—305; у Гирке, Теорія, Nachtrag стр. 906. Вопросъ о томъ, что такое *простота* юридическихъ построеній, въ чемъ состоитъ это качество ихъ, легко способенъ стать предметомъ безконечныхъ споровъ. Одинъ изъ способовъ толковымъ образомъ разъяснить себѣ это требованіе *простоты* конструкціи составляетъ изученіе вообще свойствъ юридической техники, ея пріемовъ, цѣлей, освѣщенныхъ хорошими образцами технической юридической работы. Лучше всего, конечно, освоенію съ юридической техникой содѣйствуетъ знакомство съ классическими образцами ея въ сочиненіяхъ римскихъ юристовъ. Но не всегда тотъ, кто свыкся съ техникой, въ состояніи дать себѣ отчетъ въ существѣ и свойствахъ этой работы. Такому пониманію можетъ содѣйствовать нѣкоторое теоретическое ознакомленіе съ пріемами и особенностями юридической техники. Во всей юридической литературѣ трудно найти что-либо болѣе удавшееся въ этомъ смыслѣ, чѣмъ попытка Р. ф. Іеринга въ его Geist'ѣ ч. 2-я, отд. 2-е. Не все тутъ одинаково законченно, но въ цѣломъ и въ нѣкоторыхъ частяхъ въ особенности это нѣчто незамѣнимое для разъясненія себѣ свойствъ и задачъ юридической техники. Для вопроса о простотѣ юридическихъ построеній надо въ особенности остановить вниманіе на § 39 (по изд. 58 г.), гдѣ показана метода и цѣль приведенія сложныхъ юридическихъ образованій къ *простымъ* элементамъ, чего именно вовсе нѣтъ въ пріемахъ построенія Оттона Гирке. Самъ Іерингъ обязанъ блестящими результатами своего опыта дать ученіе о юридической техникѣ, независимо отъ его высокихъ дарованій, глубокому изученію классическихъ образцовъ юридическихъ построеній въ правѣ римскомъ. Эта часть работы Іеринга принадлежитъ лучшей порѣ его литературной дѣятельности.

и ищетъ замѣнить римскій формализмъ матеріализмомъ, какъ это обыкновенно обозначаютъ, нѣмецкихъ конструкцій.

Дѣлая съ этимъ моментомъ *множественности*, введеннымъ въ конструкцію понятія, шагъ приближенія къ матеріальной или экономической сторонѣ понятія (имущество компаніи, въ *экономическомъ смыслѣ*, можетъ и по римскому, и по германскому праву, конечно, вмѣстѣ съ тѣмъ быть и имуществомъ компаніоновъ), мы дѣлаемъ вмѣстѣ съ тѣмъ крайне опасный шагъ, *удаляющій насъ отъ формальнаго различенія понятій*, имѣющаго рѣшающее значеніе для права.

Такое расчлененіе своего и общаго, публичнаго и частнаго, единаго и роднаго, не составляетъ конечно достоянія любой эпохи въ исторіи права. Въ историческомъ прошломъ любого народа возможно наблюдать явленія большаго или меньшаго безразличія публичнаго и частнаго, общаго и роднаго. Это *первоначальная стадія* нерасчлененности правоотношеній, въ которую и нельзя и не нужно вносить формальныхъ критеріевъ позднѣйшаго происхожденія [1]). Слѣды такого безразличія могутъ оставаться и въ относительно позднюю эпоху культуры права какъ партикуляризмы, натурально. Такая organische Verbindung der Einheits und Vielheitsrechte можетъ быть характерной для эпохи, когда еще нѣтъ настоящей Entbindung, и личность человѣка поглощена болѣе или менѣе полно союзомъ. Но эта нерасчлененность отнюдь не можетъ служить опредѣляющимъ принципомъ тѣхъ союзныхъ формъ, римскаго ли, германскаго ли происхожденія, которыя принадлежатъ эпохѣ развитого личнаго обмѣна правоотношеній.

Въ этомъ пунктѣ ученія, совершенно такъ, какъ въ 1-омъ (возникновеніе союзовъ нѣмецкаго типа) и въ 3-ьемъ, воле-и дѣеспособность союзовъ (о чемъ въ дальнѣйшемъ), чувствуется несомнѣнное родство конструкціи Гирке съ конструкціей Бартола (ср. выше, стр. 437 и слѣд.). Разница только въ томъ, что *конструкція Бартола* выражала дѣйствительно принципіальное свойство союзныхъ правоотношеній того времени, стало быть, *отвѣчала духу эпохи*; тогда какъ конструкція Гирке является для нашего времени настоящимъ анахронизмомъ.

Гирке, однако, не думаетъ одной чертой сочетанія Единства и Множественности исчерпать весь отличительный характеръ нынѣшнихъ нѣмецкихъ союзовъ. Подходя ближе къ строенію современныхъ *имущественныхъ товариществъ* (vermögensgenossenschaftliche Struktur, стр. 318), Гирке ищетъ наполнить неясное

[1]) Какъ это дѣлаетъ, напр., Heusler (Андрей) въ указан. выше сочиненіи въ различныхъ ученіяхъ.

представленіе *принципа сплетенія* (Verflechtung) *Единства и Множественности* сколько-нибудь опредѣленнымъ *юридическимъ* содержаніемъ. Но при этомъ пуще всѣхъ напастей, натурально, онъ избѣгаетъ пользоваться для этой цѣли подлинными классическими понятіями или реактивами. Съ какимъ то старообрядческимъ трепетомъ онъ ищетъ обойти даже такія понятія какъ собственность, общая собственность, право на чужую вещь, и ставитъ, въ замѣнъ всей этой латинской ереси, такое юридическое сложеніе, съ коимъ никакъ не хотятъ мириться цивилисты.

Одну изъ любимыхъ фигуръ, къ которой очень охотно обращаются германисты, составляетъ понятіе *korporatives Gesammteigenthum*. Передать это понятіе по-русски не легко. Суть дѣла въ томъ, что собственность, которая для того и мыслится, чтобъ *обособить сферу обладанія одного отъ другого*, должна быть въ одно и то же время розной для сочленовъ и единой для корпораціи. Покойный русскій ученый И. И. Дитятинъ употреблялъ для этого явленія наименованіе *единорознаго* имущества. Въ очень ограниченномъ примѣненіи названіе *Gesammteigenthum* встрѣчается изъ нынѣшнихъ кодексовъ, напр., въ Цюрихскомъ гражданскомъ уложеніи [1]). Если нѣтъ настоятельной надобности точно установлять вопроса принадлежности (*чье именно право собственности?*), тогда совокупная собственность и единорозное имущество, натурально, не угрожаютъ никакой никому бѣдой. Но разъ дѣло именно въ этой точности, и намъ необходимо установить, *чье именно данное имущество*, какъ отвѣтъ — это есть имущество общее и особенное, единорозное, съ тенденціей къ центру и отъ центра, составляетъ скорѣе насмѣшку, чѣмъ юридическую конструкцію. Для освѣщенія вопроса Гирке не считаетъ излишнимъ указывать между прочимъ такіе примѣры правъ сочленовъ союза на имущество союза, какъ Kirchenstuhlrecht (право имѣть свое кресло въ храмѣ) и право на мѣсто для погребенія на кладбищѣ. Право на могилу въ кладбищенской оградѣ,

---

[1]) Гражданское уложеніе Цюрихскаго кантона переведено на русскій языкъ покойнымъ русскимъ цивилистомъ П. А. Гедримовичемъ и издано редакціон. комисс. по составл. гражд. уложенія въ 1887 г. Gesammteigenthum передано словомъ совокупная собственность, см. особ. ст. 566—572, и этому излюбленному понятію германистовъ отведено, однако, скромное мѣсто. Впрочемъ, авторъ Цюрихскаго кодекса, видитъ въ акціонерной компаніи также явленіе такой совокупной собственности корпораціи и сочленовъ вмѣстѣ. Натурально, яснымъ такое представленіе сдѣлать трудно. Въ мысли германистовъ оно составляетъ фигуру, пережившую, такъ сказать, свое время, когда у разныхъ вещныхъ претендентовъ на тоже имущество сознаніе правъ ихъ участія слабо расчленялось, и юристы, по условіямъ незначительной оборотности имущества, могли довольствоваться такими представленіями какъ dominium plurium in solidium.

конечно, мало пригодно для освѣщенія институтовъ имущественнаго обладанія въ смыслѣ оборотномъ; а Kirchenstuhlrecht составляетъ вовсе не исключительное явленіе германскаго права (въ еврейскихъ синагогахъ есть то же самое) и, конечно, представляетъ собою скорѣе хорошо придуманный способъ обложенія прихожанъ, чѣмъ настоящую *цивилистическую* конструкцію нѣмецкаго типа.

Желая, очевидно, дать возможно широкій ходъ неясному и крайне интимнаго, такъ сказать, характера понятію единорозной собственности, Гирке предлагаетъ рядъ попытокъ точнѣе его установить. Метода его, однако, есть такая. Въ правѣ индивидуальномъ, говоритъ онъ, нѣтъ подходящей схемы понятія (Begriffsschema), которой подчинялась бы нѣмецкая корпоративная единорозная собственность. Такой схемы надо искать въ правѣ соціальномъ. Но что такое это соціальное право, какое его строеніе, гдѣ граница его, объ этомъ нигдѣ ничего сколько либо прецизнаго... И такъ, Gesammteigenthum не есть ни Alleineigenthum, ни Miteigenthum... Это, правда, только одно отрицаніе, за коимъ тотчасъ и должна бы слѣдовать положительная сторона конструкціи. Но взамѣнъ этого мы получаемъ образныя выраженія, собственность совокупная есть *осадокъ* (Niederschlag) союзнаго принципа (des genossenschaftlichen Princips, стр. 318), съ относительнымъ, а не абсолютнымъ обособленіемъ правъ единства и множественности, это *осколки* собственности (Eigenthumssplitter, 320 стр.), или, мы имѣемъ въ этомъ построеніи вещныя полномочія (sachenrechtliche Befugnisse) общественноправной *окраски* (von socialrechtlichen Färbung). Всѣ подобные образы, при всей ихъ выразительности, все же не замѣняютъ юридической извѣстности понятій собственности, собственности общей, на доли дѣлимыя, отвлеченныя, правъ на чужую вещь, ограниченной въ пользу союза оборотности вещи, какими пользуются романисты для анализа правоотношеній. Явно, дѣло идетъ о чемъ-то иномъ, отличномъ отъ обыденныхъ имущественно-гражданскихъ правоотношеній, но что это такое именно — этого Гирке, да и никто иной, не можетъ намъ выразить коротко и просто.

Какъ же объяснить себѣ эту неудачу почтеннаго и несомнѣнно весьма свѣдущаго юрисконсульта? Повидимому, неудача условлена тѣмъ, что авторъ ученія не хочетъ ограничить значеніе оригинальныхъ сторонъ современныхъ конструкцій союзнаго правообладанія тѣми предѣлами, которые указываетъ дѣйствительность, а ставитъ задачей національнаго самолюбія раскрывать

вездѣ и во всемъ черты вполнѣ самобытныя, хотя бы это граничило съ прямой несообразностью.

Эта предвзятость и даетъ свои печальные результаты.

Не начато до 550 г.

§ 28.

Юридическія отношенія корпорацій (продолженіе).—Пригодны-ли новые союзные типы *для замѣны* латинскихъ?—Отдѣльныя типическія формы новаго времени.—Территорьяльная община и ея разложеніе.—Неполное обособленіе отдѣльныхъ участковъ.—Обиліе подобныхъ формъ въ средніе вѣка.—Характерныя черты переходныхъ образованій.—Сопоставленіе этихъ формъ латинской societas съ „нѣмецкой корпораціей“ и съ понятіемъ universitas.—Отступленіе отъ латинскаго строенія корпорацій.—Традиція построеній Бартола.—Отрицательные результаты.—Эмпирически знакомыя формы.—Общіе положительные черты строенія новыхъ союзныхъ формъ.

Оригинальныя свойства не только нѣмецкихъ, но и повсюду, у новыхъ народовъ, повторяющихся, въ извѣстныхъ бытовыхъ условіяхъ, юридическихъ построеній вовсе не даютъ той *полной обособленности всѣхъ юридическихъ понятій*, которую хотѣлъ бы имѣть въ своемъ распоряженіи почтенный германистъ, чтобъ произвести настоящую Ausstossung рецепированнаго римскаго права [1]) и *замѣну* его своими построеніями. Попытки Гирке установить общія схемы для этихъ новыхъ отношеній и ихъ измѣненій даютъ такія осложненія (см. ихъ обозрѣніе у Гервагена, стр. 369—373), въ которыхъ разобраться возможно только тогда когда мы вовсе забываемъ общія отвлеченныя преобразовательныя задачи Гирке и спускаемся съ этой высоты *къ отдѣльнымъ конкретнымъ явленіямъ современнаго права*, конечно далеко не всегда соотвѣтствующимъ классическимъ латинскимъ формуламъ. Что же касается той общей картины, которую рисуетъ Гирке для своихъ Genossenschaften *въ цѣломъ*, то она настолько туманна, что читатели, весьма умѣлые, каковъ напр., Otto Wendt [2]), усма-

[1]) Это походило бы, замѣчаетъ одинъ изъ критиковъ Гирке, на планъ очистить современный англійскій языкъ отъ всѣхъ примѣсей, которыя корумпировали *первоначальную чистоту* англо-саксонской рѣчи.

[2]) Lehrbuch d. Pandekten. Iena 1888. Von Beseler u. Gierke wird ein besonderer deutschrechtlicher *Genossenschaftsbegriff* vertheidigt, welcher die romanistische Korporationslehre zu verdrängen bestimmt sein soll: „Die Genossenschaft ist eine reale Gesammtperson“... Sehen wir von der realen Gesammtperson als dem rein konstruktiven Element ab, so ergiebt sich aus Gierke's letztem Buche dass der von ihm gelehrte Körperschaftsbegriff des deutschen Rechts sich völlig mit dem Wesen der römischen universitas deckt.. Die ganze Differenz dreht sich nur darum ob zur Erlangung der Korporationsrechte staatliche Anerkennung erforderlich sey... Das geht nich mehr den Begriff, sondern die Entstehung der Korporation an (§ 25, 3). Мы убѣдимся далѣе, что не только въ

тривають въ ней буквально всѣ тѣ же черты, какія видны и въ римской universitas.

Въ дальнѣйшемъ наша задача будетъ заключаться въ томъ, чтобъ выдѣлить и обособить *такія отношенія членовъ союза къ союзному организму, которыя не находятъ себѣ соотвѣтствующихъ въ рецепированномъ правѣ.*

Нѣтъ сомнѣнія, что *исконную союзную форму*, наиболѣе общую и наиболѣе упорно удерживающую свое значеніе для послѣдующаго праворазвитія, какъ въ Германіи, такъ и у насъ, составляетъ *патріархальная община*, весьма часто связанная съ поземельнымъ обладаніемъ, стало быть, съ общностью территоріальной. То, что въ этомъ отношеніи даютъ намъ и говорятъ западные ученые, подтверждаютъ, для права славянскаго и русскаго, наши историки.

На процессѣ разложенія нѣмецкой территоріальной *общины*, Markgenossenschaft, нѣмецкіе *историки слѣдятъ за исторіей развитія новыхъ союзныхъ* и вмѣстѣ съ этимъ новыхъ индивидуальныхъ формъ правоотношеній. Процессъ этотъ не вездѣ одинаковъ, но онъ повторяется повсюду, съ извѣстными модификаціями, при многихъ сходныхъ чертахъ, и въ нѣмецкой, и въ нашей культурѣ права.

Для историка права любопытны и важны всѣ эти черты, какой бы области права онѣ ни касались,—права государственнаго отдѣльныхъ его отраслей, суда, управленія, финансовъ,—ибо отсюда, изъ этихъ первоначальныхъ элементовъ образовались послѣдующія учрежденія болѣе развитаго публичнаго быта.

Перемѣны, происходившія въ судьбахъ первоначальныхъ общинныхъ формъ, могли быть весьма разнообразными. Въ основѣ измѣненій могли лежать насильственныя дѣйствія со стороны сосѣдей, завоеванія. Могла и независимо отъ такихъ внѣшнихъ событій развиваться особность правъ общины, публичныхъ, для однихъ круговъ лицъ, и только приватныхъ, для иныхъ круговъ лицъ. Далеко не всѣ эти любопытныя и важныя для исторіи права явленія одинаково важны и характерны и для процесса развитія *гражданскихъ правоотношеній въ особенности.*

Здѣсь намъ прежде всего надо имѣть въ виду тѣ черты, общія для нашего и для германскаго права, которыя *ясно отличаютъ наши понятія отъ системы понятій кодифицирован-*

этомъ пунктѣ, но и въ ученіи объ юридическихъ отношеніяхъ, и въ ученіи о дѣеспособности Гирке отступаетъ отъ римскаго права, и слѣдуя, правда, во многомъ Вартолу, старается, однако, ad majorem patriae gloriam, повсюду вводить своеобразныя комбинаціи.

наго римскаго права, хотя не всегда, вмѣстѣ съ этимъ, и отъ прежнихъ судебъ права римскаго.

Западная культура права сохраняетъ особенно долго и весьма отчетливо явленія постепенности разложенія старыхъ формъ общности и образованія *взаимныхъ ихъ* особаго рода *союзовъ между старыми членами такихъ общинъ*. У насъ эти явленія видны также ясно, хотя, конечно, менѣе тщательная разработка нашей исторіи права даетъ себя чувствовать и въ этомъ дѣлѣ, какъ и въ другихъ научныхъ проблемахъ.

Въ основѣ старо-земельнаго общиннаго обладанія лежала, несомнѣнно, экономическая и бытовая необходимость общей обработки поля, общаго хозяйства на рискъ и въ прибыль всей общины (auf gemeinsamen Gedeih und Verderb), все равно, связанной кровной близостью ея членовъ или иной союзной основой. Процессъ разложенія этой общности опредѣляется *потребностью и способностью отдѣльныхъ сочленений этой общины* (*семей*) *вести хозяйство на свой страхъ и себѣ на прибыль* (auf privaten Gedeih u. Verderb), т.-е. въ извѣстной степени особо отъ союза. Отсюда слѣдуетъ считать ступени образованія и опредѣлять возрастъ поземельной собственности на Западѣ. Рядомъ съ обособленіемъ усадьбы и полевого надѣла удерживается, для выдѣленнаго члена общины, старинная общность пользованія угодьями [1]) Но и *самый надѣлъ вовсе еще не образуетъ разомъ свободной собственности владѣльца*. Хотя бы вся старая общность распалась на такіе дворы съ особымъ полевымъ надѣломъ и хозяйствомъ, старая связь членовъ союза съ этимъ вмѣстѣ не разрывается окончательно. Слѣды ея удерживаются въ массѣ явленій юридическаго характера. Начать съ того, что самый *выдѣлъ* отнюдь *не есть* непремѣнно *безповоротный*, хотя бы онъ былъ и реальнымъ. При выдѣлѣ практикуется весьма часто соглашеніе о неотчужденіи участка въ 3-ьи руки безъ соучастія членовъ стараго союза. Сверхъ того, мы встрѣчаемъ постоянно удерживаемое притязаніе то самой общины на возвратъ, то сосѣдей на приростъ выдѣленнаго участка къ ихъ долямъ въ тѣхъ случаяхъ, когда послѣ умершаго владѣльца не останется на лицо, преемника его правъ, болѣе или менѣе близко связаннаго съ нимъ. Сосѣди призываются къ этому праву приращенія въ разныхъ условіяхъ, то при отсутствіи мужского преемства, то, сверхъ того, при отсутствіи дочерей, братьевъ, сестеръ умершаго (см. указан.

[1]) Для нашего права см. Обзоръ Владимірскаго-Буданова, вып. II, стр. 193 и слѣдующ.; а также въ очень цѣнномъ изслѣдованіи проф. Ѳ. И. Леонтовича Старый земскій обычай. Одесса. 1889 г., особ. стр. 58, 59, 51, 52 и слѣд.

брошюру Sohm'a, а также статью O. Gierke въ Zeitschr. f. Rechtsgeschichte Bd. 12).

Такимъ образомъ, самые *надѣлы*, несмотря на ихъ реальное обособленіе, *имѣютъ извѣстную подвижность, способность прирощаться*. Эта черта, или эта особенность очень характерна для юридической природы этого явленія, и она именно удерживается въ нѣкоторыхъ позднѣйшихъ современныхъ намъ союзныхъ формахъ, хотя бы далеко не въ своемъ первоначальномъ, чистомъ видѣ.

Въ теченіе всей средневѣковой эпохи мы видимъ обильные признаки такой собины или собственности, *ограниченной притязаніями* то всей общины, то ближайшаго сосѣда на евентуальныя приращенія на счетъ выбывшаго сочлена союза. Старинная связь членовъ, нѣкогда поглощавшая ихъ личность и собственность, продолжаетъ долгое время сказываться въ ослабленномъ видѣ, *въ союзѣ совладѣльцевъ по матеріально-раздѣльнымъ частямъ*, достаточно крѣпкомъ, однако, и настойчиво выраженномъ то въ тѣхъ, то въ другихъ юридическихъ консеквенціяхъ.

Въ виду этихъ явленій мы и задаемъ себѣ вопросъ, что же собственно представляетъ собою въ юридическомъ смыслѣ такая союзная форма, которая составляетъ явно остатокъ старой общности и какую-то переходную форму къ ненаступившему еще совершенному обособленію владѣній?

Вотъ именно такимъ образомъ постановленный вопросъ и составляетъ проблему, намъ рѣшеніемъ коей много работаетъ современная юриспруденція, особливо нѣмецкая.

Эта задача невымышленная, а выработанная прямо историческимъ процессомъ, интересъ разрѣшенія которой притомъ не ограничивается вовсе только прошлымъ, а близко подходитъ и къ нѣкоторымъ нынѣшнимъ союзнымъ формамъ.

Какія же характерныя особенности видны въ этой конструкціи?

Мы отмѣчаемъ слѣдующія: a) каждый сочленъ союза имѣетъ свою *реально-обособленную часть*, изъ совокупности коихъ образуется цѣлое, b) интересы сочленства, однако, не ограничиваются только такимъ роднымъ обладаніемъ, а допускаютъ *увеличеніе частей*, евентуальное, *насчетъ другихъ сочленовъ*, c) самъ союзъ не имѣетъ особаго, ему, отдѣльно отъ членовъ, принадлежащаго имущества, d) не менѣе того, *отдѣльные члены не могутъ совершать нѣкоторыхъ дѣйствій* (напр. отчужденіе своихъ частей съ извѣстнымъ окончательнымъ эффектомъ) *иначе какъ съ содѣйствіемъ союзныхъ органовъ* (т.-е. просто сочленовъ или особыхъ представителей союза), e) существованіе союза *не связано*

необходимо *съ наличностью извѣстнаго состава лицъ*, въ него входящихъ, и допускаетъ, въ нѣкоторыхъ предѣлахъ, измѣненіе своего состава, f) сочлены, въ виду евентуальныхъ интересовъ принадлежности къ союзу (b), могутъ подлежать и *отвѣтственности по обязательствамъ союза*, g) наконецъ, союзу принадлежитъ, въ тѣхъ или другихъ предѣлахъ, *отдѣльная отъ сочленовъ дѣеспособность* (напр., право ограждать интересы союза на судѣ).

Вотъ рядъ признаковъ, способныхъ, какъ увидимъ, къ значительнымъ видоизмѣненіямъ, которыми опредѣляются нѣкоторыя, частью старинныя, частью современныя союзныя формы.

Что-жъ онѣ собою представляютъ? Въ историческомъ смыслѣ это несомнѣнно *переходныя формы отъ общности къ индивидуализму*. Этихъ однихъ генетическихъ опредѣленій, однако, для насъ вовсе недостаточно, чтобъ разгадать особую юридическую природу подобныхъ явленій. Мы спрашиваемъ себя, представляютъ ли эти формы что-либо соотвѣтствующее знакомымъ намъ римскимъ категоріямъ? Въ смыслѣ Юстиніановскаго кодифицированнаго и реципированнаго римскаго права, несомнѣнно, нѣтъ. Но и тутъ, конечно, вопросъ, *чѣм* эти формы, въ смыслѣ національномъ, не рѣшаетъ ничего для ихъ юридической природы. Вся суть дѣла въ томъ, какъ слѣдуетъ юридически конструировать это явленіе, въ какую формулу облечь, какъ опредѣлить юридическія отношенія союза къ сочленамъ и обратно, сочленовъ одного къ другому и проч., чтобъ дать имъ необходимую для права извѣстность и прецизность.

Чтобъ отвѣтить на этотъ вопросъ, намъ надо будетъ искать черты сходства и различія этого явленія съ понятіями, которыя намъ знакомы изъ прежняго.

Мы начинаемъ съ предположенія, не представляетъ ли собою эта форма того типа, который выработанъ классической системой въ простомъ договорномъ товариществѣ, съ несущественными, быть можетъ, модификаціями? И такъ, *не есть ли это латинская societas*, въ коей субъектами правоотношеній являются отдѣльно взятые товарищи, а не самъ союзъ, и гдѣ, въ силу этого, выходъ одного товарища разрушаетъ всю договорную связь?

Нѣкоторыя черты сходства съ договорнымъ товариществомъ тутъ несомнѣнно будутъ. Это именно и въ особенности *принадлежность имущества*, на которое существуетъ евентуальное притязаніе сочленовъ, *не союзу, а сочленамъ* товарищества. Но, во-первыхъ, и тутъ нѣтъ полнаго сходства, ибо эта принадлежность не прямо индивидуальная, а нѣсколько модифицирован-

ная. Во-вторыхъ, здѣсь есть черты совершенно чуждыя именно римской societas, ибо тамъ договорная связь *разрушается чрезъ перемѣну лицъ* его образующихъ; *здѣсь выходъ членовъ* и измѣненіе личнаго состава вовсе *не имѣетъ этого разрушающаго союзъ дѣйствія*. И такъ, этотъ союзъ не представляетъ *той мѣры индивидуализма* и не есть въ той мѣрѣ личный, какъ римское договорное товарищество. Онъ опредѣляется не столько волей лицъ, сколько свойствомъ и составомъ самаго имущества. Изъ двухъ категорій союзовъ, которые французы называютъ sociétés de personnes и sociétés de capitaux (о чемъ позже), разсматриваемая форма ближе къ послѣдней категоріи, тогда какъ римская societas есть имено société de personnes. Здѣсь больше выражено сочетаніе имуществъ (biens), чѣмъ лицъ. Этихъ чертъ сходства и различія съ индивидуалистской формой римскаго товарищества для насъ пока достаточно.

Возьмемъ другое предположеніе.

Если это не есть простая договорная товарищеская связь, а нѣкоторый союзъ, опредѣляемый менѣе измѣнчивыми, чѣмъ субъективное усмотрѣніе или личная воля, болѣе постоянными имущественными критеріями, то не подходитъ ли сюда конструкція *„нѣмецкой корпораціи“*, гдѣ именно то же имущество, которое принадлежитъ мнѣ, члену корпораціи, должно принадлежать одновременно и союзу? *Не есть ли это* въ самомъ дѣлѣ Gesammteigenthum, мое и наше, *имущество союзное и розное въ одно и то же время?*

Нѣкоторыя черты двойственности въ конструкціи правоотношеній разбираемой формы и родства со старыми началами общности, о коей говорятъ германисты, тутъ несомнѣнно есть. Но, однако, независимо отъ того, что сближенія какой угодно схемы съ туманными очертаніями этихъ конструкцій не могутъ дать никакой опредѣленности явленію, мы выше указывали, что исторически разбираемая нами форма составляетъ *результатъ разложенія прежней общности*. Тутъ только генетическая связь, а вовсе не то безразличіе моего и союзнаго, о коемъ толкуютъ германисты. Особое тутъ вовсе не поглощено общимъ, нѣтъ тоже и двухъ правъ собственности на одну вещь. Характеръ двойственности въ опредѣленіи юридическихъ отношеній союза и членовъ, въ противоположность простому договорному товариществу, выраженъ здѣсь только въ томъ, что *право собственности на реально-раздѣльную часть* можетъ *принадлежать не иначе какъ члену союза*. Но затѣмъ, союзъ самъ совсѣмъ не имѣетъ права собственности на ту же вещь, какая принадлежитъ чле-

намъ. Если у союза есть какія-либо имущественныя притязанія, то именно *на чужую вещь*, какъ бы мы ни назвали такое притязаніе. Такія права могутъ принадлежать союзу или отдѣльнымъ его членамъ, но въ нихъ совсѣмъ нельзя видѣть столкновенія двухъ правъ, приблизительно равносильныхъ, какъ въ двухъ правахъ собственности на ту же вещь.

И такъ, тутъ нѣтъ ни первичныхъ формъ общности съ одновременными притязаніями союза и его членовъ къ имущественному обладанію (Gesammteigenthum, единоровная собственность), ни договорнаго товарищества въ римскомъ смыслѣ и свойственнаго ему вещнаго правоотношенія, собственности общей, condominium.

Намъ остается еще гипотеза. Не представляютъ ли разсматриваемые союзы того самаго явленія, которое классики опредѣляли понятіемъ universitas, corpus, и что мы именуемъ юридическимъ лицомъ?

Нѣтъ сомнѣнія, что указанный нами въ разсматриваемой союзной формѣ *признакъ существованія того же союза, несмотря на смѣну* образующихъ его *людей*, составляетъ одну изъ надежныхъ основъ для построенія понятія корпораціи, особой отъ образующихъ ее членовъ. Есть налицо въ подобныхъ союзахъ и другой важный признакъ корпораціи,—это—*независимая отъ согласія членовъ*, организованная такъ или иначе *дѣеспособность* союза въ его интересахъ. Организоваться такимъ образомъ союзъ можетъ вовсе не въ приватныхъ, а въ публичныхъ цѣляхъ. Мы здѣсь имѣемъ въ виду не это явленіе, а именно корпорацію приватнаго типа, союзное единство для цѣлей гражданскаго права. И вотъ мы спрашиваемъ, достаточно ли двухъ указанныхъ признаковъ единства, чтобъ опредѣлить здѣсь, хотя бы другихъ признаковъ единства и не было, форму настоящей universitas, настоящей правоспособной цивильной личности?

Чтобъ отвѣтить на этотъ вопросъ, намъ надо принять во вниманіе слѣдующія соображенія. Понятіе корпораціи для права приватнаго, *взятое вообще*, далеко не есть настолько установившееся, чтобъ можно было разъ навсегда перечислить *всѣ признаки*, которые для нея существенны и безъ коихъ она не существуетъ. Для приближенія къ точности здѣсь полезно брать признаки этого понятія въ той или другой системѣ частнаго права. И такъ, въ системѣ кодифицированнаго и реципированнаго римскаго права указанныхъ признаковъ вовсе не достаточно, чтобы опредѣлить существо universitas, corpus, collegium, ибо классики, опредѣляя юридическую природу этого явленія, от-

личаютъ не только измѣнчивость лицъ, входящихъ въ коллегію, большинство голосовъ, но настаиваютъ именно на этихъ извѣстныхъ тезахъ, quod est universitatis non est singulorum, si quid universitati debetur singulis non debetur и пр. (см. выше, стр. 433). То же буквально повторяютъ Иннокентій IV, новые учители, въ нашемъ вѣкѣ Савиньи и безчисленные его послѣдователи.

Но рядомъ съ этимъ видно другое движеніе въ развитіи того-же понятія. Что оно собою представляетъ? *Одно ли только расширенное примѣненіе римскаго понятія корпораціи къ явленіямъ, въ коихъ всѣхъ этихъ признаковъ нѣтъ, или нѣчто въ самомъ дѣлѣ новое?*

По отношенію къ кодифицированному римскому праву это *явленіе несомнѣнно* вовсе независимое отъ рецепціи и въ этомъ смыслѣ, конечно, *новое.*

Начиная съ Бартола, черезъ всю традицію ученій о союзахъ и товариществахъ, до самаго послѣдняго времени, идутъ такія оттсупленія отъ конструкцій классиковъ, что было бы ошибкой разсматривать ихъ только какъ уклоненіе отъ римской догмы. *Они возникли самобытно*, въ иныхъ условіяхъ, чѣмъ римскія формы.

Но нѣтъ, однако, *сомнѣній*, что *эти явленія вовсе не могутъ имѣть назначенія вытѣснить римское ученіе.* Быть можетъ, когда-либо знакомые и римской жизни, эти явленія не получили выраженія, свойственной имъ юридической формулы, въ кодифицированномъ правѣ. *Бартолъ* прямо ставитъ вопросъ, an universitas sit aliud quam homines universitatis, и въ его конструкціи, хотя выдѣляются для единства всѣ признаки корпоративнаго строя, но въ то же время онъ вовсе *не склоненъ видѣть въ имуществѣ союзномъ нѣчто совсѣмъ особое отъ принадлежности сочленамъ, въ обязательствахъ союза нѣчто некасающееся сочленовъ* [1]). Совсѣмъ наоборотъ, хотя при этомъ Бартолъ вездѣ ищетъ сочетать свои построенія съ римскими, какъ это ни трудно, но въ результатѣ у него, совершенно вопреки классической традиціи, цѣлое въ корпораціи realiter вовсе не противополагается частямъ

Здѣсь именно лежитъ зародышъ тѣхъ конструкцій, которыя позже и особенно въ наше время въ лагерѣ германистовъ стараются поставить какъ совершенно самостоятельныя, вполнѣ не-

---

[1]) Въ новое время идея дестинатаріевъ, поставленная Ihering'омъ въ основу ученія о юридическомъ лицѣ (см. выше), имѣетъ нѣчто родственное съ конструкціей Бартола.

зависимыя отъ римскихъ основъ (формализмъ) союзные типы новаго рода (матеріализмъ).

Туда собственно, въ тѣ историческія условія, и слѣдуетъ отнести историческія явленія, въ коихъ явно разлагались медленно старыя формы общности и на мѣсто ихъ становились корпораціи неримскаго типа, для коихъ юристы той эпохи безуспѣшно искали классическихъ основъ.

Мы имѣемъ покуда, однако, только отрицательные результаты нашихъ сопоставленій этой *неримской* формы съ извѣстными намъ иными союзными формами. Это не *societas*, и возникающія отсюда отношенія не составляютъ типа общей собственности. Это не есть *нѣмецкая* двойственная *собственность*, какъ бы мы ее ни называли. Это, наконецъ, *не латинская корпорація*.

Но что-жъ это за явленіе, въ положительномъ смыслѣ, именно со стороны конструкціи?

Отдѣльные признаки явленія были даны выше.

Какъ же разсматривается это явленіе *въ новое время*, у современныхъ писателей, въ новыхъ кодексахъ?

Пока союзныя формы, хотя непохожія на римскія, носили характеръ старинныхъ формъ, эмпирически знакомыхъ заинтересованнымъ, явленіе не волновало особенно юристовъ, не представляло собою капитальной задачи юриспруденціи. Это могла быть разлагавшаяся земельная община, союзъ лицъ сословный, родовой, цеховая организація, торговое товарищество, или иныя традиціонныя, не римскія, но хорошо знакомыя старинныя формы.

Такъ могло стоять дѣло до тѣхъ поръ, пока эти старинныя союзныя формы держались на прежнихъ основахъ, въ извѣстной степени удовлетворяя текущимъ требованіямъ жизни. Но вотъ къ концу XVIII вѣка мы видимъ поразительно быстро совершающійся переворотъ въ общественномъ сознаніи, и въ результатѣ его быстрое разложеніе цѣлой массы старинныхъ формъ общности, которыя въ первое время не замѣняются ничѣмъ, кромѣ абстрактно-сознанной свободы индивидуума, основныхъ правъ личности человѣка... Переворотъ, совершившійся во Франціи, быстро обнимаетъ сосѣднія страны. Задачи законодательства теперь становятся иными, чѣмъ онѣ были три десятилѣтія назадъ. Однако, кодификаціи конца XVIII и начала XIX вѣка даютъ намъ или типы старинныхъ корпорацій тамъ, гдѣ переворотъ еще не успѣлъ совершиться (Пруссія и Австрія), или, какъ во Франціи, Code civil отвѣчаетъ въ особенности цѣлямъ индивидуа-

лизма, оставляя другимъ частямъ законодательства разработку строенія тѣхъ или другихъ *союзныхъ формъ* правообладанія.

Между тѣмъ, практическія требованія, которыя, вслѣдъ за переворотомъ въ политическихъ и соціальныхъ отношеніяхъ, стали быстро вступать на очередь для юриспруденціи и законодательства, состояли вовсе не въ томъ только, чтобъ опредѣлять гражданскія права отдѣльно-взятыхъ людей, но и въ томъ особенно, чтобы указать *общія нормы образованія правоспособныхъ союзовъ*, независимо отъ вопроса, походятъ эти союзы на латинскія корпораціи или нѣтъ. На мѣсто старинныхъ, разнообразныхъ по строенію, отжившихъ теперь свое время союзовъ, надлежало опредѣлить общія условія *свободнаго развитія союзныхъ формъ въ современной средѣ соціальныхъ и экономическихъ отношеній*, въ коихъ нерѣдко предоставленная отдѣльному лицу гражданская свобода ставила его только болѣе одинокимъ, а отнюдь не болѣе обезпеченнымъ, чѣмъ въ прежнихъ бытовыхъ условіяхъ.

Въ дальнѣйшемъ наша задача, стало быть, должна состоять въ томъ, чтобъ показать, какія *новыя положительныя черты въ строеніи гражданско-правоспособныхъ союзовъ были выработаны и опредѣлились въ главнѣйшихъ современныхъ законодательствахъ*... Мы именно ищемъ здѣсь не однихъ только отрицательныхъ признаковъ (*нормжія* universitates) и не общихъ созерцательныхъ картинъ *новаго правосознанія*, а положительныхъ отличительныхъ признаковъ правоотношеній въ современныхъ корпораціяхъ, насколько они осязательно опредѣлились въ конкретныхъ формахъ теперешняго союзнаго быта. Интересъ изученія не ограничивается явленіями какой-либо отдѣльно взятой современной системы права, французской, прусской, нашей, а обнимаетъ ихъ всѣ, и вся разница для той или другой системы заключается въ томъ, что въ одной задачи законодательства въ этомъ направленіи опредѣлились раньше, въ другой позже, въ третьей онѣ, быть можетъ, еще не вполнѣ опредѣлились и составляютъ проблему, однако, тоже неотложную близкаго будущаго.

§ 29.

Юридическія отношенія корпорацій (продолженіе).—Старые и новые союзные типы во Франціи.—Распаденіе старинныхъ типовъ и скудость новыхъ.—Ассоціаціонное движеніе въ Англіи. — Отдѣльныя самостоятельныя товарищества съ экономическими цѣлями во Франціи до закона 67 года.—Общія проблемы.—Законъ 1 іюля 901 г.—Разрушеніе старыхъ конгрегацій и новыя условія образованія ассоціацій безъ стяжательныхъ цѣлей въ замѣнъ ихъ.—Союзы безличные и личные этого типа съ различными предѣлами ихъ гражданской правоспособности.

Чтобъ идти скорѣе къ цѣли, мы оставляемъ въ сторонѣ строенія тѣхъ союзовъ, *публичныхъ* (l'état, les départements, les communes), *религіозныхъ* (les congrégations), *благотворительныхъ* (les hospices), коихъ гражданская правоспособность опредѣлилась изстари близко къ чертамъ подобныхъ союзовъ въ правѣ римскомъ. Замѣтимъ только для конгрегацій, въ особенности, что указанный выше законъ 1 іюля 1901 г. поставилъ условіемъ не только возникновенія новыхъ конгрегацій, но и продолженія существованія старыхъ въ строгую зависимость отъ разрѣшенія и контроля государственной власти; контролю и отчетности подлежитъ не только составъ лицъ, но и имущественныя ихъ операціи, подъ страхомъ закрытія и ликвидаціи въ случаяхъ скрытыхъ, замаскированныхъ и неразрѣшенныхъ закономъ дѣйствій (указ. зак. titre III). Въ дальнѣйшемъ мы остановимся въ особенности на весьма характерномъ для современнаго французскаго права и важномъ для насъ здѣсь противуположеніи двухъ типовъ *союзовъ частныхъ*, такъ называемыхъ sociétés civiles и sociétés commerciales.

Эти оба типа *частныхъ союзовъ* опредѣлились для современнаго дѣйствующаго права Франціи въ обоихъ кодексахъ, гражданскомъ, Code civil, и торговомъ, Code de commerce, появившемся три года послѣ перваго, въ 1807-мъ году. Нормы Code civil даютъ намъ товарищескія правоотношенія того типа, который близко соотвѣтствуетъ латинской формѣ *договорнаго товарищества*, *societas*, гдѣ не конституируется особая отъ правоспособности отдѣльныхъ сочленовъ правоспособность союзной юридической личности. Это société *не имѣющая personnalité civile*. Въ этомъ и состоитъ важнѣйшая для насъ здѣсь черта, опредѣляющая простѣйшую форму союза лицъ для общихъ, притомъ только имущественныхъ цѣлей.

Противоположный въ этомъ отношеніи простому договорному товариществу строй отношеній имѣютъ *sociétés commerciales*, ко-

торыя всѣ (за исключеніемъ association en participation) пользуются правами юридическихъ лицъ, *имѣютъ personnalité civile.*

Мы разберемъ дальше нѣсколько подробнѣе, въ какомъ отношеніи находятся положенія Code civil о товариществахъ къ особому виду товариществъ торговыхъ и къ союзнымъ формамъ новѣйшаго типа. Здѣсь мы замѣтимъ только, что безличный товарищескій союзъ имѣлъ въ своей основѣ очень простыя условія своего образованія, какъ всякій договоръ [1]), но за то и юридическій эффектъ его ограничивался обязательственными отношеніями внутренними, между членами товарищества, далеко не всегда и лишь *слабо давая себя чувствовать какъ единство, какъ цѣлое, въ отношеніяхъ къ третьимъ* лицамъ, стоящимъ внѣ союза и вступающимъ съ его сочленами въ тѣ или другія юридическія связи. Съ другой стороны, товарищества торговыя, развивавшія именно такія солидныя союзныя отношенія, которыхъ недоставало первому типу союзовъ, по способу своего возникновенія, по фискальнымъ интересамъ, связаннымъ съ ихъ учрежденіемъ, по нѣкоторымъ чертамъ ихъ строенія были вполнѣ пригодны лишь для значительныхъ торговыхъ и промышленныхъ предпріятій и не имѣли вовсе свойства общедоступности.

При этомъ состояніи законодательства тѣ *круги лицъ*, которые были, *въ виду распаденія старинныхъ союзовъ*, заинтересованы въ образованіи новыхъ союзныхъ формъ, *вынуждены были обращаться для своихъ цѣлей или къ тяжелымъ формамъ* торговаго товарищества, которыя далеко не всегда соотвѣтствовали скромнымъ рессурсамъ нуждающихся людей, *или* въ крайнемъ случаѣ, *прибѣгать къ фидуціарнымъ способамъ дѣйствія* часто весьма ненадежнымъ, ибо подставной хозяинъ коллективнаго предпріятія всегда легко можетъ оставить ни при чемъ довѣрчивыхъ товарищей, скрывающихся за его именемъ.

Такимъ образомъ, когда къ началу 40-хъ годовъ, въ разныхъ европейскихъ государствахъ, ясно обозначились признаки соціально-экономическаго кризиса, обширные круги лицъ матеріально-необезпеченныхъ, особенно классъ рабочій, въ правѣ былъ съ укоромъ указывать на исключительность служенія дѣйствующихъ кодовъ интересамъ буржуазіи и на равнодушіе руководящихъ сферъ къ интересамъ массъ. Въ общемъ и этотъ соціальный кризисъ и это исканіе выхода изъ неудовлетворительнаго положенія дѣлъ, конечно, не ограничивались одной Франціей. Въ Англіи тревогу почувствовали ранѣе. Но нигдѣ прямой путь

[1]) Нѣтъ нужды даже въ письменномъ его начертаніи, если сумма ниже 150 франковъ (C. c. art. 1834, 1325, 1347, 1348).

къ улучшеніямъ не опредѣлился сразу. Задача заключалась явно *въ измѣненіи нормъ права гражданскаго примѣнительно къ потребностямъ времени* и новыхъ экономическихъ условій. Но прежде чѣмъ была достигнута эта прямая цѣль, въ Англіи началось живое движеніе рабочихъ классовъ, направленное къ борьбѣ *фактической* противъ тяжелаго господства капитализма, съ помощью организованныхъ коалицій, въ особенности стачекъ и забастовокъ (trade-unions). Ближе къ цѣли подходятъ многообразные союзы съ положительными задачами, взаимной поддержкой членовъ въ разныхъ случаяхъ опасности, угрожающей неумолимымъ образомъ отдѣльно-стоящему человѣку и значительно смягчаемой солидарностью членовъ союза въ ихъ взаимной поддержкѣ другъ друга (friendly society) [1]). Прямые результаты движенія въ образованіи союзныхъ формъ общихъ, приноровленныхъ къ потребностямъ низшихъ классовъ, обнаружились въ Англіи, какъ и въ другихъ государствахъ Запада, лишь въ шестидесятыхъ годахъ. Съ этихъ поръ борьба классовъ приняла повсюду юридическій характеръ прямо *на почвѣ институтовъ гражданскаго права*. Явленія, близко соотвѣтствующія этимъ, повторялись съ извѣстнымъ мѣстнымъ колоритомъ повсюду. У нѣмцевъ весьма замѣтный оттѣнокъ движенію дали писатели національнаго лáгеря, которые находили, что въ основѣ неправды противъ низшихъ классовъ лежитъ привитая будто со стороны къ нѣмецкому праву система латинскаго индивидуализма и формализма, исцѣленіе отъ коей надлежитъ ждать отъ *возрожденія національныхъ институтовъ*, проникнутыхъ де совершенно противоположными принципами альтруизма... Мы уже имѣли случай не разъ указывать разныя перипетіи этого движенія и его любопытныхъ консеквенцій [2]). Здѣсь насъ занимаетъ въ особенности *движеніе вопроса кооперацiи во Франціи*.

Если французы склонны были укорять въ особенности законодательную власть въ исключительномъ служеніи интересамъ однихъ и безучастія къ другимъ, то натурально и *спасенія* отъ всѣхъ бѣдъ тамъ прежде всего *ждали отъ всемогущества государства*. Событія политическія конца 40-хъ и начала 50-хъ годовъ должны быть извѣстны изъ другихъ дисциплинъ. Прямое

[1]) Нѣкоторые французскіе писатели (Hubert Valleroux) оспариваютъ у англичанъ первенство учрежденія кооперативныхъ товариществъ въ пользу Франціи (см. его брошюру Les diverses législations de l'Europe concernant les sociétés coopératives. Paris Pichon. 1891).

[2]) Въ поставленной такимъ образомъ задачѣ возрожденія и Ausstossung'a идеи римской, чтобъ замѣнить ее идеею нѣмецкою, лежитъ источникъ не одного соціальнаго, но и политическаго движенія въ Германіи (см. выше, Введеніе).

вмѣшательство государства въ вопросы хозяйства, въ особенности прямая поддержка со стороны государства производительныхъ союзовъ рабочихъ не дали, какъ извѣстно, благопріятныхъ результатовъ.

Отдѣльныя *самостоятельныя* товарищества стали появляться во Франціи еще въ 30-хъ годахъ. Послѣ 48-го года такіе союзы стали опять очень обильными, хотя далеко не всегда солидными. Съ наступленіемъ такъ называемой ère des Césars руководящія сферы старались дать вопросамъ коллективныхъ предпріятій вообще, а въ особенности кооперацій въ кругахъ рабочаго класса возможно широкое развитіе. Тутъ надлежитъ отмѣтить законы 56 и 63 годовъ (soc. en commandite par actions и soc. à responsabilité limitée), замѣненные впослѣдствіи обширнымъ законодательнымъ актомъ 24-го іюля 1867-го года. Въ особенности же для кооперативнаго движенія важными законодательными актами были законы 50-го, 52-го гг. для sociétés de secours mutuel и рядъ законовъ о синдикатахъ (съ 1865—88 гг., особенно законъ 21 марта 84 г. о синдикатахъ профессіональныхъ).

Готовность императорскаго правительства покровительствовать кооперативному движенію среди рабочихъ рядомъ законодательныхъ мѣръ съ характеромъ привилегій встрѣчена была въ эту пору, послѣ горькихъ опытовъ 48 г., съ недовѣріемъ, и до сорока представителей производительныхъ товариществъ въ Парижѣ (sociétés de production) настойчиво ходатайствовали о развитіи и улучшеніи законодательства, но только въ предѣлахъ *общаго права*, безъ всякихъ поощрительныхъ мѣропріятій въ пользу рабочихъ сверху. Въ результатѣ выработанъ былъ обширный законопроектъ, получившій 24-го іюня 1867 г. законодательную санкцію и составляющій до послѣдняго времени главнѣйшій, хотя не исключительный общій законъ для института товариществъ во Франціи [1]).

---

[1]) Мы не ставимъ себѣ здѣсь задачи сколько-нибудь законченно ввести читателя въ тотъ необъятный кругъ интересовъ и задачъ, который опредѣляется понятіемъ кооперація и ассоціаціи вообще во Франціи и другихъ государствахъ запада. Если возможно найти одну доминирующую черту для характеристики свободныхъ жизненныхъ процессовъ въ западныхъ обществахъ нашего времени, то это именно движеніе отъ розни къ союзамъ самаго разнообразнаго типа и назначенія. Изученіе этого явленія всестороннее составляетъ задачу далеко не одной дисциплины права гражданскаго. Чтобъ составить себѣ общее понятіе о колоссальномъ развитіи этой дѣятельности, направленной къ союзамъ хотя бы одного только типа, чисто экономическаго (Erwerbs — u. Wirtschafts-Genossenschaften), достаточно просмотрѣть простое обозрѣніе, правда, съ цифрами, какое даетъ этому движенію Hans Crüger въ сочин. Erwerbs — u. Wirtschafts-Genossenschaften in den einzelnen Ländern,

Наша задача здѣсь ограничивается указаніемъ, въ крупныхъ чертахъ, юридическихъ отношеній для главнѣйшихъ современныхъ гражданско-правоспособныхъ союзовъ.

Для права французскаго основную линію различій гражданской правоспособности союзовъ даетъ расчлененіе свободныхъ союзныхъ формъ, товариществъ, на двѣ группы, société civile и société commerciale. Первую группу товариществъ, société civile, составляютъ договорныя товарищества, которыя принципіально, если нѣтъ для даннаго случая отступленія, не образуютъ особой отъ сочленовъ гражданско правоспособной личности, не имѣютъ personnalité civile. Юридическія отношенія для этой группы союзовъ характеризуются чертами договорно обязательственнаго типа съ весьма немногими отступленіями. Наоборотъ société commerciale, кромѣ отдѣльныхъ видовъ, имѣетъ personnalité civile, союзную личность, особую отъ сочленовъ союзную правоспособность.

Французская литература уже издавна осуждала эту скудость легальныхъ типовъ для союзнаго права. Мы остановимся на этомъ стремленіи соціальной и юридической *литературы* обо-

---

появившемся лѣтомъ 92 года въ Германіи. Крюгеръ обозрѣваетъ всѣ европейскія государства, затѣмъ, Египетъ, Австралію, Китай, Канаду, Сѣв.-Амер. Штаты. Это одинъ изъ ученыхъ и очень солидныхъ практическихъ дѣятелей въ этомъ кругѣ вопросовъ. Слѣдить за всѣмъ что происходитъ въ этой области задачъ нельзя иначе какъ съ помощью спеціальныхъ повременныхъ изданій. Ихъ указываетъ частью Крюгеръ (особ. Blätter für Genossenschaftswesen). По вопросу о товариществахъ французы имѣютъ свое спеціальное обозрѣніе, Revue des sociétés, редижируемое Vavasseur'омъ. Этому же лицу принадлежитъ извѣстный издавна трактатъ, Traité des sociétés civiles et commerciales 2 vol., коего 4-е изданіе появилось въ 1892 году. Здѣсь обширныя литературныя указанія, практика судовъ, образцы формулъ и проч. (изданіе очень доступное по цѣнѣ). По вопросамъ объ ассоціаціяхъ во Франціи и за границей давно уже пользуются большою извѣстностью работы Hubert Valleroux. Ихъ много, начиная съ 60-хъ годовъ. Два большіе трактата на эту тему увѣнчаны академич. преміями (Les assoc. ouvrières en France et à l'étranger, 84 г., Les corporations d'arts et métiers et les syndicats 85 г.). Послѣдняя у насъ подъ рукой его работа небольшая, но очень интересная, взята изъ Bulletin de législ. comparée и изд. у Pichon въ Парижѣ подъ заглав.: Les diverses législ. de l'Europe concern. les société. coopératives (91 г.). Для товарищества торгов., съ обиліемъ литер. указаній не только по литер. франц, но и нѣмецк., воособ. Traité de droit commercial. Ch. Lyon Caën et L. Renault 2-е изд., (t. 2-me fasc. 1 et 2 1890—1892). Назв. сейчасъ работа Valleroux оказываетъ особ. услугу для ознакомленія съ мало-доступнымъ для иностранцевъ движеніемъ англ. законодательства, которое испытываетъ на практикѣ очень значительную переработку, чтобъ отвѣчать требованіямъ дѣйствительности. Hubert Valleroux освѣщаетъ именно эту сторону дѣла чрезъ личн. сношенія съ людьми близко стоящими къ практикѣ. Никогда нельзя быть достаточно au courant всѣхъ новостей, которыя даетъ законодательство, практика и литература въ „крайне живомъ вопросѣ о союзныхъ формахъ предпріятій, особенно о кооперацiяхъ. Законченные для разн. формъ sociétés назван. трактаты, появившіеся всего годъ назадъ, не знаютъ важнаго закона 1-го авг. 93 г. объ акціонерн. компаніяхъ. Нѣмецкая литература и законодательство постоянно приносятъ цѣнныя новости все въ этой же области.

гатить союзное право новыми типами, особенно союзовъ личныхъ, въ дальнѣйшемъ. Но *и въ законодательствѣ* французскомъ бездна, раздѣлявшая въ эпоху Code civ. и Code de commerce два вида товариществъ, безличныхъ въ Code civ., и личныхъ, съ особой отъ товарищей правоспособностью союза, по Code de com., значительно пополнилась союзными новообразованіями. Сначала множество *частностей*, особенно въ обширномъ законодательномъ актѣ 67 года, несомнѣнно обогатило недостатокъ развитія кодифицированнаго права. Это, однако, не удовлетворало энергическихъ людей и въ литературѣ обозначилось рѣзко, какъ увидимъ далѣе, стремленіе къ *общей переработкѣ* союзнаго права. Здѣсь мы отмѣтимъ, что это стремленіе *къ общему пересмотру* системы союзовъ и ихъ правоспособности стало въ послѣднее время тоже обозначаться ясно и во французскомъ законодательствѣ, особенно въ приведенномъ выше законѣ 1-го іюля 1901 года.

Новый законъ о contrat d'association далеко не рѣшилъ вопроса о свободѣ образованія, о которомъ мечтали германисты; но онъ несомнѣнно составляетъ поворотный пунктъ въ исторіи развитія союзныхъ формъ,—крупный шагъ впередъ, сдѣланный Франціей въ этомъ направленіи. Чтобъ легче оріентироваться во всемъ его содержаніи надо имѣть въ виду, что по существу *это боевой законъ*. Онъ направленъ если не на разрушеніе старинныхъ и до послѣдняго времени могущественныхъ духовныхъ конгрегацій, то на ихъ подчиненіе видамъ и контролю государства. Titre III закона выполняетъ эту проблему, ставя въ тѣснѣйшую зависимость отъ усмотрѣнія государства не только учрежденіе новыхъ, но и дальнѣйшее существованіе наличныхъ конгрегацій. Противъ обхода закона, симулированныхъ и фидуціарныхъ сдѣлокъ приняты всѣ мѣры. Разъ навсегда устранена возможность быстраго развитія имущественныхъ рессурсовъ подобныхъ конгрегацій, особенно въ отношеніи недвижимостей и даровыхъ стяжаній. Во всѣхъ случаяхъ прекращенія существованія конгрегацій имущественныя отношенія ликвидируются, при чемъ широко допущенъ поворотъ пожертвованій и вкладовъ въ руки жертвователей-членовъ конгрегацій и третьихъ лицъ, кромѣ случаевъ пожертвованій съ благотворительной цѣлью, если она направлена не на пользу членовъ конгрегаціи, а для постороннихъ лицъ.

Нетрудно предвидѣть, что въ результатѣ боевого titre III закона масса старыхъ конгрегацій окажется упраздненной, и соціальныя задачи, коимъ онѣ служили, особенно задачи воспитанія и обученія, останутся открытыми.

Вотъ именно на выполненіе этихъ задачъ и разсчитаны, въ общей экономіи закона, широко поставленныя условія образованія новыхъ союзовъ, но уже съ характеромъ совершенно *безисповѣднымъ*.

Культурно-историческій интересъ *замѣны старинныхъ союзныхъ формъ новыми* ничѣмъ не иллюстрируется такъ ярко, какъ изученіемъ этого поворотнаго акта французскаго законодательства.

Необходимо какъ можно шире и свободнѣе поставить условія возникновенія и развитія новыхъ безъисповѣдныхъ формъ, цѣль коихъ не есть чисто имущественная, *дѣлежъ прибылей*, которыя стяжаютъ товарищества договорныя, безличныя, или торговыя товарищества, имѣющія особую отъ сочленовъ personnalité civile. Для этого кругъ лицъ, болѣе или менѣе обширный, можетъ вступить въ договорную ассоціацію (contrat d'association), силой которой они образуютъ постоянное общеніе своихъ познаній или своей дѣятельности въ иныхъ, чѣмъ дѣлежъ прибылей, видахъ. Для образованія такой ассоціаціи не нужно ничего, кромѣ *договора вступившихъ въ нее лицъ*. Также какъ свободно вступленіе, также безпрепятствененъ и выходъ изъ ассоціаціи. Пока товарищество не выполнило указанныхъ выше требованій публикацій и заявокъ своего состава, цѣли, предмета, мѣстожительства и проч., ассоціація *безлична* въ смыслѣ гражданской правоспособности.

Но разъ есть требуемая заявка, свободная ассоціація, безъ всякаго спеціальнаго разрѣшенія, *становится личной*, способной искать и отвѣчать на судѣ (ester en justice), пріобрѣтать *возмездными способами*, владѣть и управлять, независимо отъ поддержки со стороны государства и общинъ: a) взносами сочленовъ невыше, однако, указанной закономъ суммы въ 500 франовъ, b) помѣщеніемъ назначеннымъ для управленія и собранія членовъ, c) недвижимостью безусловно необходимой для достиженія ея цѣлей.

Таковы положенія titre I названнаго закона.

Titre II значительно поднимаетъ и расширяетъ правоспособность ассоціаціи, если за нею будетъ особымъ декретомъ признано достоинство *публичной ея полезности* (utilité publique). Тогда подъемъ правоспособности будетъ заключаться въ допущеніи *даровыхъ стяжаній*, не исключая даже недвижимостей, которыя, однако, остаются en espèce въ составѣ имуществъ ассоціаціи только въ предѣлахъ необходимости, а изъ остальнаго въ кассу ассоціаціи поступаетъ лишь вырученная отъ ихъ продажи цѣна.

Широкое обогащеніе, по этимъ нормамъ, гражданскаго быта Франціи новыми свободными въ основѣ формами ассоціаціи не произвело измѣненій въ старой кодифицированной системѣ товариществъ простыхъ, только договорныхъ, и квалифицированныхъ торговыхъ. Она осталась тою же, и новый законъ лишь открылъ просторъ для развитія такихъ типовъ ассоціацій, которые оставались ненормированными въ скудномъ прежнемъ комплексѣ союзнаго законодательства и искали себѣ воплощенія въ типахъ, далеко не вполнѣ соотвѣтствовавшихъ особой ихъ природѣ.

Общая разработка свободныхъ типовъ французскаго союзнаго права примкнула такимъ образомъ въ законъ 1 іюля 901 г. къ союзамъ, задача коихъ не есть стяжаніе. Старое кодифицированное право и дальнѣйшее его развитіе въ частныхъ законодательныхъ актахъ примыкало наоборотъ къ товариществамъ стяжательнымъ по преимуществу.

Чтобъ прослѣдить въ дальнѣйшемъ все развитіе французскаго союзнаго права намъ надо взять за исходную точку кодифицированную систему союзовъ.

§ 30.

Юридическія отношенія корпорацій (продолженіе).—Два главныхъ типа союзовъ съ цѣлями экономическими въ кодифицированномъ французск. правѣ. — Строеніе société civile по C. civ.—Отдѣльные виды sociétés commerciales.—Ихъ personnalité civile.—Положеніе юриспруденціи въ проблемахъ образованія союзовъ личныхъ для случаевъ ассоціацій съ характеромъ не исключительно стяжательнымъ до закона 1 іюля 901 г.—Фикціи, привилегіи и искусственное примѣненіе формъ торговыхъ товариществъ. — Исканіе союзныхъ формъ для ассоціацій тоже экономическихъ, но съ менѣе развитой союзной личностью, чѣмъ soc. commerciale, въ новое время. — Personalité restreinte и связь этой конструкціи съ средневѣковой традиціей союзнаго права.

Особый порядокъ, въ которомъ кодифицировалось и дополнялось французское законодательство по этому предмету дѣлаетъ его изученіе нѣсколько затруднительнымъ. Рядъ законовъ, дѣйствующихъ нынѣ въ вопросѣ о товариществахъ, входилъ въ силу не одновременно, и новые законы не столь замѣняли, сколько восполняли предшествующіе, тамъ, гдѣ не указана именно замѣна новымъ закономъ предшествующаго [1]). Для союзовъ, не

[1]) Для иностранца эти наслоенія законодательныхъ актовъ особенно неудобны при изученіи дѣла и справкахъ. Указанная выше работа Vavasseur'a представляетъ собою то удобство, что читатель находитъ тамъ перепечатанными одинъ за другимъ тексты законовъ о товариществахъ, titre IX (liv. III)

имѣющихъ personnalité civile общія нормы установлены въ Code civil. Положенія Code de commerce не отмѣняютъ для товариществъ торговыхъ общихъ положеній о товариществахъ, выработанныхъ въ Code civil, кромѣ пунктовъ, въ коихъ для торговыхъ товариществъ указаны особыя положенія въ законѣ или въ обычаяхъ (lois et usages. Ср. art 18 Code de com. и 1873 C. c.). Точно также и позднѣйшіе законы, особенно законъ 24 іюля 1867 г. не замѣняетъ прежнихъ законовъ о товариществѣ, а лишь видоизмѣняетъ ихъ тамъ, гдѣ этого требуютъ свойства новыхъ формъ товарищества и нормы новаго закона.

Итакъ, намъ необходимо, хотя бы въ самыхъ общихъ чертахъ и независимо отъ позже возникшихъ контроверзъ, показать здѣсь же строеніе soc. civile по Code civ. Отношенія товариществъ возникаютъ изъ контракта и носятъ существенно договорный типъ (1832). Цѣль союза — общая прибыль; средство — имущественное общеніе товарищей (1832—33). Реквизиты формы суть общіе для всѣхъ контрактовъ (1325, 1347, 1848). Общеніе товарищей есть болѣе или менѣе полное, идущее *на все имущество* наличное (soc. universelle de tous biens présens), или *на все, что̀ стяжаетъ товарищество* за время своего существованія (сюда идутъ всѣ движимости, а недвижимости только въ смыслѣ пользованія ими,—société universelle de gains. 1838), это sociétés *universelles*; другую категорію товариществъ составляетъ общеніе товарищей, ограниченное опредѣленными вещами или пользованіемъ таковыми, для общаго предпріятія, для упражненія ремесла или профессіи (1841, 42), — это *soc. particulière.* Кромѣ этого дѣленія товариществъ на универсальныя и партикулярныя, Cod. civ. знаетъ товарищества срочныя, по свойству предпріятія, или пожизненныя и въ этомъ смыслѣ безсрочныя (1843, 44, 69).

Товарищи прежде всего обязаны внести свои ставки (mise), особенно вещи (1846). Вещи, предоставляемыя товариществу лишь

---

code civil., artt. 1832—73 (см. Vavasseur, tome 2, 1-er append., стр. 339—354), titre III code de commerce (art. 18—64, съ видоизмѣнен. art. 27 и 28 по закону 63 года; тамъ же, стр. 374—377), законы 24 іюля 1867 г. и 22 января по 16 февраля 1868 г. (тамъ же, стр. 354—373; въ заключеніе Vavasseur перепечатываетъ законопроектъ 1884 года для акціонерныхъ компаній, стр. 377—398). Въ Append. 2-me читатель найдетъ принятыя въ практикѣ формулы для разныхъ видовъ товариществъ, a) soc. civiles, universelle de tous biens présents, de gains, particulière, simple, soc. particulières avec parts d'intérêts non négociables, avec actions ou parts d'intérêts négociables (крайне любопытная по простотѣ реквизитовъ и по эфекту форма soc. civile, стр. 406), b) soc. en nom collectif (полное товарищество), c) soc. en commandite (товарищество на вѣрѣ), d) soc. anonyme (наша акціонерная компанія), e) soc. coopératives или à capital variable, f) association en participation (стр. 401—468).

на правѣ пользованія, если онѣ суть обособленные объекты обладанія (corps déterminés et certains), притомъ непотребимые (non consumtibiles), остаются въ теченіе товарищескаго общенія на страхѣ собственника, наоборотъ, вещи потребимыя, не индивидуализируемыя какъ первыя, назначенныя въ продажу, переходятъ на рискъ товарищества (1851). Если не вещи, а промышленная дѣятельность товарища составляетъ его ставку, то онъ обязанъ отчетностью въ своемъ заработкѣ передъ товарищами (1847). Вещи, принадлежащія товариществу, предназначаются для употребленія каждаго изъ товарищей соотвѣтственно цѣли союза (1859—2°).

Что касается выгодъ отъ общаго дѣла, то онѣ распредѣляются пропорціонально ставкѣ каждаго товарищества въ общій фондъ (1853 al. 1).

По вопросу объ управленіи дѣлами товарищества важно въ особенности различать, было ли возложено веденіе дѣлъ союза *по силѣ самаго договора товарищества* на извѣстное лицо (associé gérant), или такой особой клаузули въ договорѣ не было. Въ послѣднемъ случаѣ всѣ товарищи разсматриваются какъ взаимно уполномочившіе другъ друга на веденіе текущихъ дѣлъ товарищества, до нѣкотораго предѣла (для мѣръ улучшенія недвижимостей, напр., требуется общее согласіе, 1852). Если же полномочіе вести дѣло возложено силой самаго контракта на извѣстное лицо, то оно остается въ силѣ до конца товарищества, а уполномоченный въ правѣ вести дѣло хотя бы вопреки оппозиціи другихъ товарищей, натурально, въ извѣстныхъ предѣлахъ добросовѣстности (sans fraude, именно, art. 1856).

По отношенію къ *долговымъ обязательствамъ*, Cod. civ. опредѣляетъ, что отвѣтственность передъ кредиторомъ ложится на всѣхъ вступившихъ въ долговое обязательство товарищей въ равной мѣрѣ съ другими, развѣ бы выговорено было иное. При этомъ обязательство, заключенное отдѣльнымъ товарищемъ именемъ союза, обязываетъ его одного, кромѣ случая полномочія и обращенія сдѣлки на общую пользу (1863, 1864). Соучастники товарищества не связаны солидарной отвѣтственностью, если товарищество не есть торговое (1862).

Товарищество *прекращается* истеченіемъ времени, если оно срочное, прекращеніемъ дѣла, смертью естественною или умаленіемъ правоспособности (interdiction), несостоятельностью (déconfiture) одного изъ товарищей, выходомъ изъ состава за нежеланіемъ продолжать товарищеское отношеніе (1865).

Вотъ главныя и несомнѣнно характерныя черты товарищества гражданскаго, не торговаго, по Code civil, носящаго всѣ признаки чисто *индивидуалистскаго договорнаго союза*, безъ personnalité civile [1]).

Несмотря на всѣ эти ярко выраженныя черты такъ назыв. soc. civile, толкователи послѣдняго времени, т.-е. эпохи остро опредѣлившейся потребности давать сколь возможно льготныя условія для образованія союзовъ и сообщать имъ возможно большій юридическій эффектъ, ищутъ всѣми способами извлечь изъ артиклей Code civil аргументацію въ пользу признанія и за этой формой не просто только договорно-обязательственнаго строенія отношеній, а именно обособленной отъ товарищей, хотя бы и *въ ограниченномъ смыслѣ, союзной личности* (personnalité restreinte).

Мы остановимся на этомъ стремленіи французской юриспруденціи дальше въ этомъ же раздѣлѣ. Оно крайне характерно для духа времени, во-первыхъ, и во-вторыхъ, это стремленіе составляетъ прямое послѣдствіе метода, коего держатся традиціоннымъ образомъ французы въ дѣлѣ присвоенія союзамъ именно свойствъ юридической личности. Чтобы освоиться съ этимъ методомъ, намъ надо коротко пересмотрѣть *отдѣльные виды такъ называемыхъ sociétés commerciales*. Мы къ этому и приступаемъ.

Всякій разъ, когда операціи, составляющія задачу товарищества, принимаютъ характеръ *операцій торговыхъ*, товарищескій договоръ долженъ подчиниться условіямъ и требованіямъ, установленнымъ для товариществъ торговыхъ того или другого вида (société commerciale).

Какими именно признаками французское право опредѣляетъ свойство предпріятія какъ торговаго—мы этого здѣсь вовсе не касаемся (см. Chap. 2 у Vavasseur, vol. 1, стр. 4—17).

Никто не сомнѣвается въ томъ, что по современному французскому праву товарищества торговыя пользуются особымъ юридическимъ положеніемъ, которое состоитъ въ томъ, что право признаетъ за ними свойства юридической личности, personnalité civile, что имъ въ силу этого присвоивается какъ союзу, какъ цѣлому, отдѣльная отъ его сочленовъ правоспособность. Изъ всѣхъ видовъ торговыхъ товариществъ только *société en participation* не пріобрѣтаетъ этого свойства.

[1]) Для опредѣленія общихъ съ римскимъ правомъ положеній этого контракта удобнымъ средствомъ можетъ служить изданіе Code civil par H. J. B. Dard avec des notes indicatives des lois romaines и проч. Это изданіе повторялось не разъ.

Что же это за товарищества? Вотъ коротко ихъ перечень и основныя черты ихъ строенія.

1) soc. en nom collectif, у насъ полное товарищество, торговый домъ. Это товарищество, въ коемъ *отдѣльные товарищи* ведутъ торгъ подъ общей фирмой (raison sociale, съ показаніемъ именъ участниковъ), и *отвѣчаютъ* всѣ *лично* и *солидарно* по обязательствамъ товарищества. Если бы по тѣмъ признакамъ, которые право римское считаетъ существенными для строенія *особой* отъ сочленовъ *личности союза*, у насъ спросили, есть ли эти признаки въ полномъ товариществѣ, то мы отвѣтили бы прямо — ихъ нѣтъ; французы говорятъ намъ, однако—тутъ есть юридическое лицо (ученіе въ цѣломъ у Lyon Caen, Traité, v. II, стр. 106—292).

Какъ отвѣчаютъ на этотъ вопросъ современныя нѣмецкія законодательства и учители—юристы, объ этомъ мы скажемъ впослѣдствіи.

2) полное товарищество по существу своей конструкціи не можетъ обнимать широкаго круга лицъ, ибо въ основѣ его лежитъ такое безграничное взаимное довѣріе такихъ-то лицъ другъ къ другу, которое мыслимо только въ тѣсномъ кругу людей, близко одинъ другого знающихъ, и въ виду этого, всякій разъ когда товарищество ищетъ расширить свои денежныя операціи, оно прибѣгаетъ къ другой союзной формѣ, гдѣ соучастіе въ полномъ товариществѣ опредѣляется *для лицъ сторонних*ъ размѣромъ ихъ вклада, за предѣлами коего эти сторонніе лица вовсе не принимаютъ на себя никакой евентуальной отвѣтственности по дѣламъ товарищества. Это *простая командита*, товарищество на вѣрѣ (тамъ же стр. 292—352).

3) но и съ этими осложненіями товарищество полное носитъ въ себѣ, несмотря на нѣкоторыя черты корпоративнаго строя (по франц. праву настоящую юридическую личность), отличающія эту форму отъ простой société civile, условія стѣснительныя и прямо элементы разложенія, крайне неблагопріятные для большихъ и долгосрочныхъ коллективныхъ капиталистическихъ предпріятій.

Такимъ образомъ, необходимость вынуть капиталъ и трудность этой операціи отталкиваетъ отъ этой формы; съ другой стороны, смерть, разореніе одного изъ участниковъ можетъ роковымъ образомъ повліять на судьбу дѣла и парализовать его экономическую энергію. Отсюда потребность въ новой формѣ капиталистическаго коллективизма, которой отвѣчаетъ конструкція *анонимнаго* товарищества, т.-е. *союза капиталовъ* вмѣсто союза лицъ (société de

capitaux, а не société de personnes), гдѣ всѣ товарищи суть товарищи только по вкладамъ, гдѣ всѣ отвѣчаютъ только этой долей своего участія въ дѣлѣ, гдѣ каждую минуту отдѣльный акціонеръ можетъ выдти изъ союза, передавъ любому покупщику свое право соучастія и вовсе этимъ не вліяя на судьбу самого товарищества (тамъ же, стр. 352—705).

На ряду съ этой формой слѣдуетъ поставить разработанную въ законѣ 24 іюля 67 года смѣшанную форму коммандитно-акціонернаго товарищества (ведущее торгъ подъ извѣстной фирмой), въ коемъ одна группа товарищей отвѣчаетъ лично и солидарно, а другую составляютъ акціонеры, предѣльное соучастіе коихъ въ дѣлѣ установляется ихъ взносами (705—729).

Этихъ положеній для характеристики названныхъ товариществъ, которыя всѣ суть sociétés commerciales, для насъ пока здѣсь достаточно.

Всѣ эти формы торговыхъ товариществъ признаются имѣющими personnalité civile, т.-е. это суть юридическія лица.[1]

Изъ всѣхъ видовъ торговаго товарищества société en participation не пользуются этимъ преимуществомъ, не имѣетъ personnalité civile. Это союзъ крайне жизненнаго для торговли характера, свободный почти отъ всякихъ обрядностей для его установленія, *отъ гласности* въ особенности, способный быстро слагаться и столь же быстро разрѣшаться. Code de com. опредѣляетъ его какъ союзъ въ формахъ, по предметамъ, по размѣрамъ интересовъ и по условіямъ образующійся всякій разъ въ виду обстоятельствъ и точнѣйшимъ образомъ опредѣляемый содержаніемъ договора (art. 48 C. de com.). Онъ очень въ ходу въ морскомъ торговомъ дѣлѣ (покупка цѣлаго груза судна, cargaison), въ сдѣлкахъ ярморочныхъ на значительныя партіи товара. По конструкціи отношеній тутъ много аналогическаго съ нѣмецкимъ негласнымъ товариществомъ, особенно съ Gelegenheitsgesellschaft. Французское право не видитъ здѣсь не только общаго имущества, принадлежащаго товариществу, но не устанавливаетъ ни солидарной отвѣтственности товарищей другъ за друга, ни процессуальной дѣеспособности чрезъ общаго повѣреннаго, уполномоченнаго отъ товарищества (gérant). Эта форма для насъ здѣсь не представляетъ особаго интереса.

И такъ, французы принимаютъ обособленную юридическую личность для всякаго *гласнаго* товарищества, если оно есть société commerciale.

Сколько бы мы ни всматривались въ свойства юридическихъ отношеній, которыя лежатъ въ основѣ разныхъ видовъ гласныхъ

торговыхъ товариществъ, мы никакъ не найдемъ той общей *внутренней* основы, которая одинакова служила бы оправданіемъ для присвоенія юридической личности всѣмъ тремъ названнымъ выше формамъ торговаго товарищества одинаково. Это намъ станетъ особенно ясно, если мы сопоставимъ полное товарищество, съ одной стороны, и акціонерную компанію — съ другой. Въ 1-мъ единство союза видно въ фирмѣ. Но при этомъ, однако, уже въ самой фирмѣ, независимо отъ другихъ указаній, могутъ быть видны *поименно всѣ образующіе союзъ участники*. Затѣмъ, нѣкоторые признаки корпоративнаго строенія видны въ управленіи дѣлами товарищества, въ солидарной отвѣтственности всѣхъ товарищей за долги союза (Code de com, art. 22), наконецъ, въ способности союза d'ester en justice въ составѣ цѣлаго товарищества, а не всѣхъ отдѣльно показанныхъ участниковъ...

И, однако, все же, и въ способахъ установленія этого союза, въ замкнутости входящаго въ него круга лицъ, въ разныхъ чертахъ юридическихъ отношеній членовъ къ союзу, особенно въ способахъ его прекращенія (выходъ, несостоятельность, смерть отдѣльнаго товарища) столь явны черты не только не поглощеннаго, но даже не переработаннаго союзной формой индивидуализма соучастниковъ, что видѣть здѣсь не союзъ трехъ, а отдѣльную отъ этихъ трехъ и нейтрализующую ихъ четвертую, реально опредѣлившуюся и обособившуюся, какъ въ римской universitas, гражданскую личность, будетъ чистымъ произволомъ. *Это не есть только societas, чистая договорная форма* общенія; *но это также не есть и развитая, обособленная, самобытная фигура*, отрѣшенная отъ даннаго состава людей, граждански правоспособная личность, personnalité civile.

Совершенно другую картину даетъ намъ компанія анонимная, гдѣ, начиная съ самаго наименованія ея, *должны исчезнуть* отдѣльные члены въ общемъ *анонимномъ* обозначеніи союза (Crédit Lyonnais, Urbaine), и ни одинъ изъ нихъ *не можетъ* быть названъ. Здѣсь все имущество есть союзное, а не членское. Если союзу принадлежитъ недвижимость, то акціи, принадлежащія членамъ, суть движимости. Долги союза не суть долги членовъ. Перемѣна состава союза, полная, безъ всякаго остатка стараго состава членовъ, измѣненіе ихъ благосостоянія, ихъ банкротство, весь обмѣнъ, вся жизнь и смерть людей, образующихъ это цѣлое, *юридически* ничего не рѣшаютъ, остаются совершенно безразличными для существованія цѣлаго (см. выше приведен. мѣсто Альфена L. 76 D. de judiciis 5. I).

Отчего же, спрашиваемъ мы, французы на оба вида soc. commerciale кладутъ одну и ту же печать обособленной отъ его состава личности?

Дѣло совершенно простое! Интересы торга, наживы, спекуляціи, въ глазахъ стараго законодательства, имѣли такое для характера союза опредѣляющее значеніе, что законодательство должно было, по этой чисто внѣшней, экономической, частью фискальной, а вовсе не юридической причинѣ, видѣть въ этихъ формахъ явленіе особое, отличное отъ союзовъ простыхъ, не торговыхъ. Эти явленія должны были быть отмѣчены особыми признаками, установленіе такихъ союзовъ требовало отдѣльныхъ (первоначально очень сложныхъ и строгихъ) формальностей, они должны были заключать въ себѣ особыя гарантіи правильности въ самомъ веденіи дѣла (книговодство, art. 8 и слѣд. C. de com.), въ евентуальной подсудности ихъ, особой отъ общаго гражданскаго суда (коммерческіе суды), въ особыхъ цивильныхъ и уголовныхъ послѣдствіяхъ торговой несостоятельности (faillite, а не déconfiture). А такъ какъ съ понятіемъ личности, отдѣльной правоспособности, не соединялось опредѣленныхъ, точно установленныхъ реквизитовъ *внутренняго строенія* юридическихъ отношеній союза, то предоставленіе за одно всѣмъ предпріятіямъ наживнымъ, спекулятивнымъ, одной формы привилегированной правоспособности, personnalité civile, казалось простымъ дѣломъ справедливости.

Это была въ свое время имѣвшая свои основанія *привилегія олицетворенія*, подобнаго нѣкоторымъ общественнымъ союзамъ публичнаго и въ особенности церковнаго типа. Таковъ смыслъ и такова цѣль этой операціи.

Но какой же *пріемъ*, какой методъ юридической техники здѣсь примѣняется?

Самый простой для того времени и къ сожалѣнію поднесь доминирующій пріемъ, который примѣняли здѣсь, былъ *методъ фикціи*. Мы скажемъ, воскрешая мысль средневѣковыхъ юристовъ, именно и въ особенности для товариществъ торговыхъ полныхъ, quamvis non habeant *veram* personam, tamen *fictione juris* habent personam fictam (ср. выше, стр. 436). Это дѣло чистѣйшаго формализма мысли, которому, по соображеніямъ чисто внѣшнимъ, можно произвольнымъ образомъ давать самое широкое и разнообразное примѣненіе. Мы это сейчасъ будемъ имѣть случай доказать...

Въ результатѣ разрушенія старинныхъ формъ общности, пустыхъ мѣстъ тамъ, гдѣ прежде интересы людей находили себѣ больше

или меньше удовлетвореніе изъ рессурсовъ отжившихъ союзныхъ формъ, оказалось очень много. Въ массѣ случаевъ такіе интересы не имѣли ничего общаго съ коммерціей, и выработанныя юриспруденціей виды и формы société commerciale совсѣмъ не отвѣчали этимъ потребностямъ.

Между тѣмъ успѣхи общественности развивались быстро въ новыхъ условіяхъ. Законодательство должно было отвѣчать не только необходимости въ замѣнѣ старинныхъ формъ общности новыми, но и еще потребности новыхъ формъ для союзовъ въ такихъ кругахъ лицъ и въ такой сферѣ задачъ, которыя совсѣмъ не были видны въ старое время.

Какой же отвѣтъ давало законодательство?

Кромѣ société commerciale для союзовъ свободныхъ была еще société civile, договорная форма сочетанія интересовъ, которую мы въ главныхъ чертахъ изобразили выше. Всматриваясь ближе въ эту конструкцію, мы видимъ, что она крайне узко скроена, если можно такъ выразиться, для того круга задачъ, которыя теперь становились на очередь.

Эта узость формы и неудовлетворительность конструкціи для массы новыхъ проблемъ видна главнымъ образомъ въ двухъ пунктахъ. Société civile только тамъ имѣетъ примѣненіе, гдѣ цѣль союза есть если не торговая, то все же только *стяжательная*. Между тѣмъ на очередь развитія новыхъ интересовъ становились теперь задачи построенія союзовъ не только корыстныхъ, но часто вовсе не носящихъ характера предпріятій денежныхъ. Съ другой стороны, конструкція простой société civile заключала въ себѣ то неудобство, что внѣшній эфектъ такого союза очень слабый. Выработанные въ Code civil элементы конструкціи, если они не осложнены реквизитами гласныхъ торговыхъ товариществъ, суть только внутренніе, касающіеся самихъ товарищей и далеко недостаточно опредѣляющіе отношенія цѣлаго къ 3-мъ лицамъ, стоящимъ внѣ союза.

Мы не можемъ исчерпать здѣсь всѣхъ задачъ, которыя ставила жизнь, и всѣхъ путей, которымъ слѣдовала французская юриспруденція, отвѣчая этимъ требованіямъ жизни. Это увлекло бы насъ далеко отъ нашей цѣли. Остановимся на явленіяхъ наиболѣе характерныхъ и важныхъ для насъ въ вопросѣ о юридическихъ отношеніяхъ союзовъ разнаго типа.

Въ ряду случаевъ, гдѣ союзъ явно не носилъ характера товарищества коммерческаго, а между тѣмъ простая договорная форма société civile не отвѣчала вовсе потребности извѣстности и постоянства его отношеній и вмѣстѣ измѣнчивости его состава,

французы примѣняли понятіе société civile, но съ усиленнымъ эфектомъ. Но въ какихъ именно случаяхъ?

Въ тѣхъ, гдѣ образованіе союза разсматривалось, по тому или другому поводу, какъ въ особенности желательное, не ради цѣлей исключительно частныхъ, а ради интереса общественнаго, даже публичнаго.

Въ такихъ случаяхъ союзъ лицъ, если съ нимъ связана utilité publique, не по свойству своего строенія, а по этому внѣшнему соображенію, получаетъ personnalité civile опять *въ видѣ привилегіи.*

Какимъ же методомъ можно совершать такія преображенія? Методомъ фикцій, fictione juris. Но, однако, этотъ методъ не способенъ же замѣнить дѣйствительности, не способенъ въ самомъ дѣлѣ дать юридическимъ отношеніямъ такого содержанія, котораго они не имѣютъ?

Очевидно, тутъ, въ этихъ случаяхъ, гдѣ по соображеніямъ *внѣшнимъ* и методомъ *фикціи* союзу присвоивается то, чего онъ не имѣетъ по своей природѣ, подъ понятіемъ personnalité civile разумѣется не вполнѣ то, что заключалось въ римскомъ понятіи universitas. Какой именно смыслъ фикціи даетъ французская юриспруденція въ этихъ и подобныхъ случаяхъ — мы будемъ имѣть случай сказать сейчасъ же. Образцомъ такихъ ассоціацій для цѣлей частью идеальныхъ, частью экономическихъ могутъ служить ассоціаціи напр. *для высшаго образованія*, далѣе, тоже не въ торговыхъ цѣляхъ предпринимаемая, задача *улучшенія* напр. *конской породы*, наконецъ, съ характеромъ болѣе локальнымъ, учрежденіе союзовъ землевладѣльцевъ *для орошенія* такой-то мѣстности (гренобльской долины), *для осушенія*, для украшенія такихъ-то дачныхъ мѣстностей и тому подобное.

Чтобъ такимъ экстреннымъ способомъ достигнуть во многихъ отношеніяхъ удобной юридической позиціи personnalité civile ассоціаціи подобнаго рода должны быть признаны за *общеполезныя* декретомъ, основаннымъ на мнѣніи государственнаго совѣта (avis du Conseil d'état объ utilité publique). Тогда союзъ, не имѣющій не только свойства торговаго предпріятія, но не составляющій собственно даже société civile по Code civil, пріобрѣтаетъ свойства personnalité civile.

Само собою разумѣется, что всякая société civile можетъ *организоваться на подобіе* société commerciale, независимо ни отъ чьихъ мнѣній или усмотрѣній. Тогда это будетъ société civile, *въ формѣ* société commerciale. Но преимущества союзовъ такого рода, именно и въ особенности преимущество имѣть per-

sonnalité civile, пріобрѣтаются здѣсь натурально болѣе или менѣе тяжелыми пожертвованіями для учредителей, ибо на soc. civile à forme commerciale будутъ лежать многія траты сопряженныя съ учрежденіемъ и веденіемъ дѣла торговаго, les formalités de publicité (особенно регистрація). Къ этому прибѣгать будутъ союзы неторговые по свойству задачъ лишь въ крайнихъ случаяхъ (Lyon Caen, t. II, № 92 и 1074 и слѣд.) [1]).

Въ виду этихъ компликацій и обходовъ, одновременно съ развитіемъ потребности въ возможно *легкомъ образованіи союзовъ*, за коими, вмѣстѣ съ этимъ, право признавало бы эфектъ солидности и способности къ нѣкоторымъ операціямъ юридическаго характера, во французской юриспруденціи обнаруживалось все болѣе и болѣе настойчивое исканіе выхода къ тому, чтобы изъ наличныхъ рессурсовъ законодательства создать такого рода товарищества, которыя имѣли бы хотя не развитое до полнаго объема гражданской правоспособности, но все-таки достаточное для цѣлей даннаго союза свойство личности, опредѣленное притомъ самой природой правоотношенія, а не методой фикцій и не въ видѣ привилегіи.

Это движеніе въ высшей степени любопытное, практически важное и привлекающее къ себѣ все болѣе и болѣе вниманіе французскихъ юристовъ, ищущихъ разработки легальныхъ нормъ путемъ практическимъ въ ближайшемъ соотвѣтствіи практики сдѣлокъ и судовъ съ назрѣвающими новыми потребностями общественной жизни!

Вотъ именно для этой стороны дѣла законъ 1 іюля 1901 г., разсмотрѣнный нами выше, имѣетъ капитальное значеніе и открываетъ, можно сказать, новую эру. Но это одна сторона дѣла въ широкой проблемѣ свободнаго развитія союзныхъ формъ.

Наряду съ широкопоставленными цѣлями торговыхъ товариществъ новое время, для цѣлей *тоже экономическихъ* но иныхъ размѣровъ, выдвинуло *задачу исканія личности не того типа самостоятельнаго*, самоцѣльнаго и законченнаго, какой дала намъ латинская universitas, *а служебнаго*, очень стѣсненнаго въ предѣлахъ своего развитія, коего подобіе въ правѣ римскомъ даетъ скорѣе persona alieni juris, чѣмъ persona sui juris, и для котораго французы стали употреблять мало прецизное названіе *personnalité restreinte*. По существу дѣло выдѣленія этихъ явленій изъ общаго

[1]) Эта матерія принадлежитъ къ числу самыхъ контроверзныхъ. Законъ 24 іюля 1867 г., особ. art. 55 и слѣд., касается этихъ вопросовъ, но далеко не устраняетъ всѣхъ недоразумѣній (ср. особ. Lyon Caen, t. II, № 2, 1084); подробностей намъ нельзя здѣсь касаться.

строенія корпорацій латинскаго типа составляетъ практическую задачу первостепенной важности; подробности мы увидимъ дальше. Здѣсь считаемъ полезнымъ заранѣе замѣтить, что въ строеніи подобныхъ союзовъ, какимъ является товарищество торговое полное (société en nom collectif), или какая-либо ассоціація для орошенія гренобльской долины, *индивидуальность юридическая сочленовъ и правоспособность ихъ вовсе не поглощается союзной правоспособностью*, весь личный составъ союза виденъ, или поименно какъ въ товариществѣ полномъ, или по извѣстнымъ признакамъ, владѣльцы такихъ-то участковъ; *но связь лицъ не есть только договорная, а съ извѣстными чертами корпораціи*, съ такими именно, которыя необходимы для операцій вмѣстѣ, союзомъ, болѣе надежныхъ и постоянныхъ, чѣмъ въ простой société civile.

Въ смыслѣ историческомъ это явленіе на европейской почвѣ далеко, конечно, не новое, хорошо знакомое средневѣковой эпохѣ, несомнѣнно отличное отъ права римскаго и дававшее въ свое время не мало труда старымъ итальянскимъ юристамъ. Тутъ надо признать индивидуальность сочленовъ союза въ той или другой мѣрѣ, и въ опредѣленныхъ отношеніяхъ дать союзу элементы единства, которыхъ не даетъ простая форма договорнаго товарищества. Какъ этого ищутъ достигнуть французскіе юристы въ наше время, мы вскорѣ покажемъ. Задача, стало, далеко не новая и представляющая нѣкоторый обратный ходъ отъ крайностей современнаго индивидуализма къ типамъ союзнаго правообладанія, характернымъ для стариннаго строенія европейскихъ обществъ.

§ 31.

Юридическія отношенія корпораціи (продолженіе). — Законъ 24 іюля 67 г. — Характеръ нормъ общихъ въ этомъ законѣ. — Средній путь принятый для утвержденія и расширенія операцій союза. — Размѣръ вносовъ въ société à capital variable. — Экономическія разновидности этихъ союзовъ. — Отношеніе союза къ сочленамъ.—Различные юридическіе типы этихъ союзовъ.—А. Типъ простой société civile.—Измѣнчивость личнаго состава, притязаніе на возвратъ долей соучастія, отвѣтственность.—Права союза.—Примѣнительный характеръ конструкціи. — В. Анонимныя товарищества à cap. variable. — Заслуги юриспруденціи. — Marcel Mongin и смѣлая идея примѣненія началъ обособленно-личнаго строенія къ простымъ договорнымъ товариществамъ.

Нигдѣ, конечно, явленіе индивидуализма и розни, столь часто, къ сожалѣнію, смѣшиваемое съ понятіемъ личной независимости и свободы, не дало такихъ печальныхъ результатовъ въ современномъ общежитіи, какъ въ классѣ рабочемъ. Мысль со-

временнаго законодателя должна была по необходимости сосредоточиваться на этихъ послѣдствіяхъ разрушенія старинныхъ формъ общности въ особенности. Мы выше намѣтили признаки обнаруживающагося въ этомъ направленіи движенія законодательства во Франціи. Но, однако, задачи, направленныя прямо на поддержку рабочихъ кооперацій, были встрѣчены многими сомнѣніями и подъ вліяніемъ этихъ сомнѣній обширный *законодательный актъ*, выработанный и введенный въ силу 24-го іюля *1867 года, не заявляетъ себя какъ направленный на поддержку интересовъ рабочаго класса въ особенности.* Въ немъ не встрѣчается даже слово кооперація. Законъ ставитъ себѣ цѣлью содѣйствовать, *въ духѣ времени*, вообще развитію союзныхъ правоотношеній. Онъ обнимаетъ товарищества командитныя на акціяхъ, акціонерныя компаніи (tit. I и II), облегчаетъ условія образованія такихъ товариществъ (для акціонерныхъ компаній отмѣнено требованіе правительственнаго разрѣшенія, art. 21), и на ряду съ этой задачей вводитъ въ titre III такія видоизмѣненія условій образованія союзовъ, которыя, по своему существу, наиболѣе приноровлены къ потребностямъ рабочаго класса, хотя отнюдь не исключаютъ своего примѣненія для любыхъ круговъ лицъ, какъ нормъ общаго права, настоящаго droit commun.

Нѣтъ сомнѣнія, что въ составѣ французскаго законодательства, какъ мы его очертили до сихъ поръ, препятствіемъ къ образованію, широкому и свободному, союзовъ служилъ слишкомъ выразившійся индивидуалистическій характеръ простыхъ товариществъ (soc. civile) и осложненный требованіями формъ и задачами торговаго промысла характеръ строенія товариществъ коммерческихъ. Надо было найти средній путь для образованія, возможно болѣе легкаго и въ этомъ смыслѣ общедоступнаго, а вмѣстѣ и вполнѣ эфективнаго, такихъ товариществъ, которыя связывали бы *обширные круги лицъ* и сообщали бы этой связи лицъ солидность, дающую союзу лицъ не одно свойство количественнаго сочетанія, но еще и характеръ независимаго отъ того или другого состава, *постояннаго, прочнаго, продолжительнаго, самостоятельнаго въ тѣхъ или другихъ предѣлахъ экономическаго и юридическаго существованія.* Тамъ, гдѣ такая союзная форма должна была служить не однимъ только владѣющимъ классамъ, тамъ, натурально, образованіе союза надлежало поставить сколь можно независимо отъ способности членовъ тотчасъ, при самомъ учрежденіи товарищества, дѣлать значительныя ставки въ союзную кассу и образовывать крупные союзные денежные рессурсы, предназначенные для цѣли наживы, риска, и безвозвратные

для вкладчика. На эти требованія законъ 1867 года отвѣчалъ слѣдующими положеніями.

Для образованія товариществъ не требуется необходимо заранѣе извѣстная сумма союзнаго капитала (capital fixe). Товарищества любого рода, простыя, торговыя, полныя, командитныя, акціонерныя, съ той или другой цѣлью, могутъ образовываться, безъ установленія неизмѣннаго (fixe) союзнаго капитала, чрезъ послѣдовательные вносы или ставки извѣстнаго круга товарищей (не менѣе семи), или чрезъ пріемъ новыхъ, допуская такимъ образомъ возрастаніе, а съ другой стороны, чрезъ вынутіе ставокъ или выходъ членовъ, умаленіе союзнаго капитала. Эта основная черта, видоизмѣняющая строеніе товариществъ, даетъ имъ специфическое свойство союзовъ съ непостояннымъ или перемѣннымъ капиталомъ, „société à capital variable", и дѣлаетъ всѣ виды товариществъ доступными для утилизаціи обширнымъ кругамъ лицъ, нерасполагающимъ значительными денежными рессурсами.

И такъ, тѣ союзныя формы, которыя по свойству своего строенія были до сего доступны однимъ кругамъ лицъ, становятся со времени закона 1867 года доступными для любого круга лицъ.

Переведенныя на цифры эти видоизмѣненія даютъ, примѣрно, такіе результаты. Чтобъ учредить акціонерную компанію не этого типа, а стараго, т.-е. à capital fixe, акціи не могутъ быть ниже ста (для компаній, коихъ капиталъ не выше 200 тыс. фр.) и пятисотъ франковъ (гдѣ капиталъ выше указанной нормы) съ предварительнымъ вносомъ по крайней мѣрѣ четвертой доли капитала наличностью. Для soc. à cap. variable, гдѣ капиталъ не выше 200 тыс. франковъ, минимумъ для акцій — 50 франковъ, со ставкой наличностью десятой доли. Такимъ образомъ, анонимное товарищество съ перемѣннымъ капиталомъ, при легальномъ требованіи семи товарищей, конституируется при подписномъ капиталѣ въ 350 фр., если наличность составляетъ 5×7, т.-е. 35 франковъ.

Любыя формы товариществъ, неторговыхъ, торговыхъ, всякаго типа, для какой угодно цѣли, стало быть, товарищества потребительныя (de consommation), взаимнаго кредита (de crédit mutuel), производительныя (de production), могутъ стать подъ дѣйствіе закона 1867 г. для soc. à capital variable. Всѣхъ модификацій и сочетаній этихъ основныхъ типовъ перечислить невозможно. Мы беремъ эти основные, экономически опредѣлившіеся типы, которые всѣ развиваются въ той или другой сте-

пени въ любой современной культурной странѣ. Изъ этихъ трехъ типовъ артель потребительная нашла себѣ самую благопріятную почву въ Англіи, гдѣ колоссальныя дѣла этихъ артелей осложняются еще задачей выстройки жилищъ, пріобрѣтаемыхъ членами потребительныхъ артелей въ полную собственность [1]); артель кредитная крайне широко и разносторонне привилась и разрос-

[1]) Это возбуждаетъ сенсацію у французовъ... Acquérir un immeuble en mangeant!—какой сюрпризъ можетъ превзойти это удовольствіе, особенно для семейнаго человѣка? Нѣтъ сомнѣнія, что одно это ожиданіе утолитъ, пожалуй, аппетитъ потребителя лучше иного блюда! Crüger даетъ картину развитія такихъ товариществъ, по истинѣ увлекательную не по однѣмъ только цифрамъ операцій (въ 1888 г. потребительн. товариществъ, о коихъ было сообщено на конгрессѣ въ Глазговѣ въ 1890 году, было 1,204, число членовъ 867 тыс., выручка отъ продажъ около 24 милл. ф. ст.; въ союзъ оптовой закупки входило 811 товариществъ, и этому союзу принадлежало 5 пароходовъ, 7 товарныхъ складовъ, свой обширный банковый отдѣлъ и много фабрикъ; см. у Crüger'a, стр. 66 и 72), но и по слѣдующимъ еще соображеніямъ: „der leitende Gedanke ist, wie zu den ersten Zeiten der christlichen Socialisten, dass die menschliche Gesellschaft ein Leib ist, der aus vielen Gliedern besteht und nicht eine Masse unter einander kämpfender Atome. Die Führer fangen damit an, dass sie veredeln den Mensch..." (тамъ же, стр. 75, гдѣ указаны и характерныя для этого движенія въ коопераціи воззрѣнія нѣкоторыхъ его вождей). Hubert Valleroux, сводя результаты кооперативнаго движенія для Англіи къ еще болѣе краснорѣчивымъ цифрамъ (если членовъ кооперативныхъ союзовъ въ 1867 г. считали 1 милл. 55 тыс., которые всѣ нормально суть отцы семействъ, то польза этихъ союзовъ распредѣляется на 4 до 5 милл. людей), заключаетъ: les hommes de bon vouloir et de travail qui ont de la fermeté et de la suite réussissent très bien avec les lois actuelles; ceux qui n'ont pas ces qualités ne réussiront pas même avec la législation la plus commode, car il n'y a pas de loi qui puisse remplacer le travail et la capacité des hommes (указ. брош. стр. 11). Крюгеръ, какъ и другіе нѣмецкіе писатели (особенно Гирке), охотно отдаетъ своимъ соотечественникамъ предпочтеніе въ этомъ дарѣ образовывать союзы любого рода, а не одного какого-либо исключительно (никому не уступая въ государственности и любви къ свободѣ, haben die Germanen eine Gabe vor allen voraus... die Gabe der Genossenschaftsbildung—Гирке, Das deutsche Genos. recht, 1, стр. 3; Crüger, стр. 140); не менѣе того по цифрамъ видно такое же преобладаніе у нѣмцевъ союзовъ кредитныхъ надъ иными, какъ у англичанъ—потребительныхъ, у французовъ—производительныхъ. Къ 31-му марта 1891 года у нѣмцевъ числилось кредитныхъ союзовъ 1,046, потребительныхъ 301, иного рода вмѣстѣ взятыхъ 50 (здѣсь показаны всѣ товарищества; вошедшія въ общій союзъ съ принудительной или обязательной ревизіей каждые два года; см. Crüger, стр. 167). У французовъ съ самаго начала кооперативнаго движенія особымъ расположеніемъ пользовались продуктивныя артели по самымъ разнообразнымъ отраслямъ производства (Crüger 106, 107, 115, 116, 120). Другіе виды союзовъ часто примыкаютъ къ этой цѣли. Это рано обнаружившееся отношеніе и теперь поддерживается одной обширной группой дѣятелей коопераціи (коей органомъ служитъ „Fédération nationale"). Вожди этой группы ставятъ себѣ цѣлью такую организацію промышленности и торговли, которая была бы способна добросовѣстно посредствовать между производителями и потребителями. Задача поставлена весьма высоко и вмѣстѣ съ этимъ, конечно, не столь близко къ практикѣ, какъ въ союзахъ потребительныхъ и кредитныхъ. Крюгеръ даетъ обозрѣніе движенія кооперацій и въ Россіи, очень, конечно, краткое (стр. 321—329). Свѣдѣнія легко могутъ быть дополнены съ помощью новѣйшихъ публикацій нашихъ экономистовъ, между коими впереди долженъ быть поставленъ почтенный трудъ нашего профессора А. А. Исаева. „Начала Политической Экономіи". Спб. 1894 г., гдѣ читатель найдетъ особенно въ Отд. I, въ гл. 11, 12, 13, въ Отд. II, въ гл. 7, въ Отд. IV, въ гл. 1, а также въ Отд. VII обстоятельныя свѣдѣнія по вопросу объ ассоціаціяхъ разнаго рода и обширныя указанія по запа̀дной и отечественной литературѣ вопроса.

лась въ Германіи; наконецъ, артель производительная несомнѣнно возбуждала постоянно и возбуждаетъ теперь самыя свѣтлыя надежды, особенно у французовъ.

Чтобы союзъ товарищескій подошелъ подъ дѣйствіе закона 1867 года и послѣдующихъ для société à capital variable, необходимо при самомъ его образованіи (въ статутахъ), частью и въ другихъ его документахъ, присвоивать ему эту квалификацію, société à capital variable, и указывать вмѣстѣ предѣлъ, ниже коего капитальная сумма товарищества не можетъ быть редуцируема (art. 51 и 58). Если это акціонерная компанія, то эти указанія имѣютъ быть обозначаемы въ ея фактурахъ, объявленіяхъ и проч. (art. 64).

Такъ какъ союзы этого типа могутъ быть гражданскими (civiles) и торговыми, то натурально въ способахъ ихъ учрежденія, съ участіемъ, безъ участія нотаріуса, съ публикаціей статутовъ или безъ нея, отдѣльные виды товариществъ слѣдуютъ особымъ правиламъ, свойственнымъ каждому виду въ особенности. Для однихъ эта формальная оснастка очень проста; для другихъ, идущихъ, такъ сказать, въ большое плаваніе, она болѣе сложна и не дешева. Регистрація и публикаціи въ легально указанномъ органѣ печати доводятъ траты учрежденія союзовъ до суммы, превышающей первоначальныя обязательныя личныя ставки (ихъ можетъ быть всего 35 фр., а расходовъ—80 фр.). При этомъ, кромѣ общихъ основъ для различенія союзовъ простыхъ и торговыхъ, дѣйствуютъ правила, что потребительные союзы суть простые, если они не оперируютъ дальше круга своихъ членовъ. Общества взаимнаго кредита суть товарищества торговыя, также какъ артели производительныя, если ихъ задачу составляетъ мануфактурная или торговая промышленность, а не земледѣліе или иной видъ промышленности экстрактивной.

Любопытнѣйшія и важнѣйшія именно для юридической стороны дѣла черты строенія этихъ союзовъ суть слѣдующія.

Прежде всего, французское право сообщаетъ *всѣмъ товариществамъ этого типа свойство юридической личности, personnalité civile.*

Мы видѣли выше, какъ мало опредѣленности юридическимъ отношеніямъ союза даетъ эта фикція и эта привилегія, когда ее присвоиваютъ торговому товариществу, безразлично, полному или анонимному. Эту фикцію стали позже примѣнять еще шире, и вотъ теперь свойство личности приписывается не только торговому товариществу любого строенія, но даже простой société civile, если это есть товарищество à capital variable.

Почему-жъ это такъ, почему, по какимъ основаніямъ, не только внѣшнимъ, позитивнымъ, а внутреннимъ, одно товарищество, не торговое, будетъ лишено personnalité civile, а другое такое же получитъ это свойство? Это и есть именно вопросъ, насъ здѣсь наиболѣе интересующій. При какихъ реквизитахъ это свойство сообщается союзу и какое дѣйствіе оно имѣетъ? Разсмотримъ то и другое.

Союзы любого рода, civiles, commerciales, à capital variable, получающіе personnalité civile, а въ особенности société civile, отличаются отъ обыкновеннаго простого товарищества *нѣкоторыми элементами строенія, которые даютъ имъ* вообще свойства не просто только договорнаго союза, а именно *черты корпораціи*. Кто эти лица, которыя нормально вступаютъ въ союзы этого типа, и чѣмъ опредѣляется измѣнчивость союзнаго капитала? Эти лица суть нормально рабочіе люди, экономически совершенно безсильные какъ индивидуумы, безпомощные врозь. Капиталъ, который они въ силахъ образовать, есть, особенно въ началѣ, минимальный. Иногда это небольшія деньги, чаще—орудія производства и сырье, подлежащее обработкѣ. Весь разсчетъ построенъ на сбереженіяхъ и послѣдующихъ ставкахъ товарищей. Это разсчетъ будущаго. Основная черта всей конструкціи, измѣнчивость капитала, опредѣляются приливомъ и отливомъ членовъ союза. Ихъ вступленіе даетъ подъемъ, ихъ выходъ—упадокъ силъ союза. Они сами образуютъ ту силу, которую въ союзѣ не личномъ, а предпринимательскомъ, капиталистскомъ образуетъ наличное имущество. Посему первая и главная черта этого союза есть не только ихъ довѣріе къ союзу, но и довѣріе союза къ нимъ. Особенность этой societas, отличающая ее отъ индивидуалистической римской societas, состоитъ въ томъ, главнымъ образомъ, что не члены только способны покинуть союзъ, опять и тутъ не вполнѣ свободно, но и самый союзъ въ правѣ выкинуть ихъ вонъ, какъ негодныхъ союзниковъ.

Во взаимныхъ отношеніяхъ членовъ другъ къ другу скрывается не только начало равенства и братства, которое характерно для индивидуалистской societas, но рядомъ съ этимъ и начало подчиненія отдѣльнаго лица большинству, сочлена союзу, котораго вовсе не знаетъ латинская societas. *Союзъ какъ цѣлое стоитъ здѣсь по отношенію къ отдѣльному члену, какъ предприниматель къ долевымъ соучастникамъ предпріятія.* Ихъ главная ставка въ предпріятіи — это они сами. Эта ставка можетъ оказаться только бременемъ, и ее устраняютъ. То, что сочленъ вноситъ, кромѣ своего соучастія какъ рабочей силы, столь незна-

чительно для союза и столь важно для него самого, что ему предоставляется выйти изъ союза и взять съ собой всю свою часть. Конечно, въ отдѣльныхъ случаяхъ и по особому уговору, особенно въ артеляхъ производительныхъ, эта выемка своей ставки можетъ быть весьма ограничена. Все же, однако, разсчетъ не въ деньгахъ, а въ лицахъ, образующихъ союзъ, въ ихъ личныхъ свойствахъ, въ ихъ солидарности съ интересами союза, а не въ ихъ матеріальномъ соучастіи, не въ ихъ денежныхъ вносахъ. Изъ этого особаго состава союза, очевидно, вполнѣ отличнаго и отъ римской societas и отъ ихъ universitas, развиваются всѣ элементы строенія этихъ société à capital variable.

Такимъ образомъ А, если soc. à capital variable составляетъ хотя простую société civile, то общія опредѣляющія черты этихъ союзовъ будутъ слѣдующія:

1) *Союзъ не ограничивается замкнутымъ кругомъ лицъ*; наоборотъ, основная его черта есть способность постоянно измѣняться, причемъ самъ союзъ остается все тѣмъ же, какъ и въ universitas, а не становится инымъ при всякой смѣнѣ, какимъ бы онъ былъ при латинской societas.

2) Союзъ есть прежде всего личный, причемъ члены союза свободны оставлять его, но *подлежатъ и исключенію* опредѣленіемъ большинства (art. 52 al. 2).

3) Члены выходящіе и удаляемые *уносятъ съ собой свои доли участія* имущественнаго въ товариществѣ, однако, только до извѣстнаго предѣла убыли товарищеской кассы, который указанъ въ законѣ (не ниже $^1/_{10}$ всего товарищескаго капитала; art. 51), или въ сроки и въ порядкѣ указанные особымъ соглашеніемъ (à moins de conventions contraires, art. 52, но и при этомъ стѣсненія имѣютъ свои границы).

4) Не только уходящіе, но и удаляемые *члены остаются ответственными* по обязательствамъ товарищества, образовавшимся за время пребыванія ихъ въ союзѣ, въ теченіе пяти лѣтъ (art. 52). Смерть отдѣльнаго товарища, его несостоятельность не прекращаютъ связи между остальными сочленами.

Вотъ отдѣльныя черты корпоративнаго строя этихъ особыхъ союзовъ нашего времени, которые во многомъ напоминаютъ строеніе подобныхъ же союзовъ въ средніе вѣка и вовсе расходятся съ извѣстными намъ типами латинскихъ товариществъ и юридическихъ лицъ.

Какое же дѣйствіе этой personnalité civile, какой эффектъ при показанныхъ основахъ строенія?

Очевидно, тутъ нѣтъ возможности проводить юридически такъ

именно разницу между принадлежностью имущества сочленамъ корпораціи и самой корпораціи, какъ это дѣлается въ строеніи римской universitas. Вся артель есть не столько владѣющая, сколько ищущая стать въ положеніе коллективнаго обладанія. Ставка денежная, каждаго, отдѣльно взятая, есть и остается его имуществомъ, вложеннымъ въ общее дѣло и не вполнѣ свободнымъ, пока членъ пребываетъ въ союзѣ или пока союзъ не разорванъ. Долги союза не суть только обязательства союза, а эвентуально это обязательства сочленовъ наличныхъ и выбывшихъ. При такихъ условіяхъ характеризовать юридическія отношенія союза понятіемъ собственности, принадлежащей союзу, а не членамъ, понятіемъ обязательствъ союзныхъ, въ отличіе отъ обязательствъ сочленовъ, было бы явной ошибкой.

Обособленной и самостоятельной, при томъ полной и законченной правоспособности союзной, какая свойственна самодовлѣющему или самоцѣльному лицу (persona sui juris), здѣсь вовсе нѣтъ. Но союзъ не есть также только простое множество людей, преслѣдующихъ по уговору одну задачу. Тутъ больше юридическаго содержанія. Это не правоспособная, отдѣльно отъ союза, *а организованная для коллективной дѣятельности*, стало быть, *коллективно дѣеспособная корпорація*. Эта дѣеспособность союза видна въ его операціяхъ на имя и за счетъ товарищей въ предѣлахъ, указанныхъ общими нормами или особыми соглашеніями; она видна, сверхъ того, въ его способности искать и отвѣчать на судѣ именемъ цѣлаго. Одно это положеніе измѣняетъ всю юридическую позицію такого союза въ отличіе отъ простого товарищества. Если бы это были только договоромъ связанныя лица, то для иска и отвѣта на судѣ каждый товарищъ отдѣльно имѣлъ бы фигурировать въ процессуальномъ смыслѣ какъ отдѣльный субъектъ процессуальнаго правоотношенія. То, что коснулось одного, что имѣетъ силу для этого лица, то не касается, то не имѣетъ силы для другого. Согласно французской процессуальной максимѣ nul ne plaide par procureur, лица имѣющія хотя бы общій для нихъ товарищескій интересъ, должны искать и отвѣчать на судѣ *поименно*, если товарищество не представляетъ собой юридической личности особой отъ товарищей. Пусть этотъ кругъ лицъ коллективно поручитъ защиту своихъ интересовъ общему повѣренному,—это не избавитъ ихъ отъ необходимости, въ силу указанной максимы, быть поименно перечисленными въ отдѣльныхъ процессуальныхъ дѣйствіяхъ, ибо каждый изъ нихъ все-таки самъ лично остается стороной въ дѣлѣ, и общій мандатарій не можетъ своимъ именемъ дѣйствовать за довѣрителей

(art. 61 C. de proc. civ.). Легко себѣ представить, къ какимъ осложненіямъ, иногда совершенно неодолимымъ, ведетъ этотъ процессуальный реквизитъ въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ товарищество очень многочисленно и составъ его измѣнчивъ.

Въ виду этого признаніе за союзомъ хотя бы не personnalité civile въ полномъ смыслѣ, а одной только процессуальной дѣеспособности, droit d'ester en justice, составляетъ въ практическомъ смыслѣ преимущество капитальной важности. Sociétés civiles à capital variable пользуются имъ въ силу закона 67 г. въ полной мѣрѣ. Натурально, размѣры не только дѣе-, но и правоспособности союзовъ à capital variable могутъ видоизмѣняться силой ихъ статутовъ въ предѣлахъ общихъ легальныхъ нормъ. Мы хотимъ здѣсь отмѣтить только, что въ современномъ строеніи союзныхъ формъ возможны такія явленія, коихъ мы не видимъ въ рецепированномъ правѣ. Правоспособность отдѣльныхъ членовъ вовсе не поглощается общей правоспособностью союза, наоборотъ, всѣ они видны отдѣльно съ ихъ притязаніями на доли и съ ихъ отвѣтственностью по обязательствамъ союза, и не менѣе того ихъ связываетъ такого рода корпоративная организація, которая сближаетъ ихъ въ отношеніи къ дѣеспособности съ настоящими корпораціями.

Мы указали выше противоположенія двухъ видовъ союзовъ, sociétés de personnes и sociétés de capitaux. Чистый типъ перваго есть простое товарищество, société civile, безъ осложненія измѣнчивостью состава. Чистый типъ soc. de capitaux, который есть подлинная, особая отъ членовъ и вполнѣ развитая цивильная личность, представляетъ акціонерная компанія, société anonyme. Что же будетъ собой представлять та форма, которую мы здѣсь разсматриваемъ? Мы уже имѣли въ виду выше образованіе средней формы между обѣими типическими, чистыми формами товарищества. Это именно soc. en nom collectif, которая есть собственно *société de personnes, но осложненная нѣкоторыми началами единства, свойственными société de capitaux.* У нея есть единая фирма, raison sociale съ именами товарищей, съ нѣкоторой организаціей и со способностью ester en justice, въ качествѣ торговаго дома, съ преимуществомъ личности по своему свойству гласнаго торговаго товарищества. Что же такое soc. à capital variable? Тутъ есть элементы строенія настоящей société de personnes, ибо все дѣло въ членахъ союза, въ ихъ надежности. Они солидарно отвѣчаютъ за дѣла какъ въ торговомъ домѣ, они могутъ взять свои вклады, на нихъ могутъ лечь долги союза? Это черта, приближающая ихъ къ строенію soc. en

nom collectif. Но рядомъ съ этимъ у нихъ много больше чертъ корпораціи, приближающихъ ихъ къ типическому союзу капиталовъ, къ акціонерному товариществу. Здѣсь мѣняются лица безъ вліянія на строй цѣлаго, здѣсь большинство голосовъ. Сначала роль капитала здѣсь есть ничтожная, и центръ тяжести и разсчетовъ покоится на личныхъ свойствахъ товарищей. Но вѣдь это не постоянно такъ. Накопленіе денежныхъ рессурсовъ составляетъ цѣль организаціи. Вѣнцомъ усилій будетъ образованіе такихъ суммъ, такихъ значительныхъ долей именно денежнаго участія, что союзъ изъ товарищества смѣшаннаго типа, лежащаго между чистой société civile и чистой société de capitaux, съ легкостью можетъ изъ société civile à capital variable преобразиться въ soc. commerciale, въ акціонерную компанію à capital variable, гдѣ тотъ же кругъ товарищей, вмѣсто условной и нѣсколько прекарной принадлежности къ кругу собратій по труду и бѣдности, станетъ въ положеніе торговаго союза со свойствомъ развитой союзной личности, соучастіе въ выгодахъ коего составляетъ своеобразную цѣнность, именуемую акціей, способную быть предметомъ обмѣна въ болѣе или менѣе широкомъ и свободномъ кругу лицъ, уже вовсе не ограниченномъ прежними сотрудниками общаго дѣла.

И такъ, между чисто индивидуалистской и подлинно-корпоративной формой союза располагаются сочетанія формъ товарищества съ наклономъ къ тому или другому основному типу. Торговый домъ ближе къ индивидуализму; товарищество à capital variable, хотя бы и не торговое, ближе къ корпоративному строю.

Задача новой юриспруденціи стала много выше прежнихъ проблемъ. Мы не ограничиваемся указаніемъ грубыхъ различій явленій жизни, не ищемъ насильственно, такъ сказать, втискать ихъ въ какія-либо двѣ, три типическія формы цѣной утраты подлинныхъ чертъ живого явленія. Вмѣсто этого пріема обобщеній и абстракцій, мы идемъ къ изученію мелкихъ различій, къ индивидуализаціи формъ, хотя бы не выражающихъ вполнѣ строго и отчетливо, а лишь приблизительно черты того или другого типа.

Вмѣстѣ съ этимъ задача наша уходитъ отъ служенія только капиталистическимъ интересамъ, только классамъ владѣющимъ, въ особенности торговцамъ. Это не патриціанская юриспруденція. Это не квиритскій формализмъ. Мы приближаемся къ задачамъ преторской системы, съ характеромъ примѣнительныхъ нормъ, со свойствомъ эквитета, не повелительнымъ въ отношеніи къ гражданскому обмѣну, а наоборотъ, приладживающимся

къ его жизненнымъ требованіямъ. Нѣтъ сомнѣнія, что съ этимъ вмѣстѣ часто утрачивается легкая распознаваемость нашихъ конструкцій, ихъ рѣзкій чеканъ. Но зато на формахъ союзныхъ нашего права виденъ весь процессъ *выращиванья товариществъ*. Намъ недостаточно сказать — вотъ этотъ союзъ имѣетъ свойства личности, а этотъ лишенъ этого свойства. Мы можемъ и должны различать тѣ или другіе элементы, изъ коихъ слагается цивильная личность въ строеніи союза. Они въ началѣ могутъ быть чисто зародышными. Мы ихъ культивируемъ и на этой степени. Изъ сочетанія экономически-ничтожныхъ рессурсовъ, за коими ютится нищета и трудъ, выростаютъ такія союзныя формы, которыя своимъ экономическимъ значеніемъ не только замѣняютъ, но прямо угрожаютъ противообщественнымъ явленіямъ монополіи и захватовъ, столь часто вызывавшимъ самые тяжелые соціальные кризисы въ европейскихъ обществахъ.

Мы регистрируемъ это движеніе *развивающихся* союзовъ и ищемъ юридическихъ *формулъ для разныхъ фазъ* этого процесса превращенія отдѣльныхъ атомовъ въ союзное тѣло, съ болѣе или менѣе постоянными и отвердѣвшими, такъ сказать, признаками строенія настоящей корпораціи.

Въ результатѣ кооперація можетъ придти къ тому типу sociétés à capital variable, гдѣ союзъ становится торговымъ предпріятіемъ, société commerciale, сохраняя свойство измѣнчивости капитала.

B, По отношенію къ этой фазѣ или именно къ анонимнымъ товариществамъ à capital variable, *въ особенности*, законъ 67-го года, кромѣ общихъ нормъ для всѣхъ societés à capit. variable (выше, лит. A), даетъ отдѣльныя опредѣленія. Эти опредѣленія касаются не самой юридической природы союзовъ, а нѣкоторыхъ частностей. По существу союзы эти здѣсь намъ мало любопытны, ибо представляютъ собою черты настоящей латинской universitas, т.-е. отдѣльной отъ членовъ граждански развитой правоспособности союза.

Въ главныхъ пунктахъ особыя правила для этого рода анонимныхъ товариществъ суть слѣдующія: a) акціи, какъ было указано выше, могутъ быть въ 50 франковъ, съ обязательнымъ вносомъ при подпискѣ наличности въ 5 фр. ($^1/_{10}$ суммы акціи), при составѣ семи членовъ, а въ командитѣ на акціяхъ — подписка должна быть въ 200 франковъ, при 4-хъ товарищахъ, съ наличностью въ 20 фр.; b) всѣ акціи этого рода должны быть именными, чтобъ избѣжать спекуляцій, которыя были бы особенно опасны въ этомъ родѣ союзовъ, причемъ общее собраніе

или административный совѣтъ можетъ не допустить передачи акцій даже чрезъ трансфертъ (art. 50); c) капиталъ такихъ акціонерныхъ компаній не долженъ превышать maximum 200,000 фр., съ каждогоднымъ повышеніемъ на такую же сумму; d) свойство союза какъ акціонернаго, съ измѣнчивымъ капиталомъ, и сумма, ниже коей не можетъ быть редуцируемъ капиталъ, должны явствовать изъ его статутовъ и должны быть показываемы въ дѣловыхъ бумагахъ союза.

Не можетъ быть никакихъ сомнѣній въ заслугахъ новой юриспруденціи при выработкѣ этихъ формъ, представляющихъ много удобствъ для коллективныхъ операцій рабочаго класса въ особенности, хотя весьма многое въ нихъ, особенно въ подробностяхъ, остается крайне контроверзнымъ.

Но задачи, которыя ставитъ себѣ наука и практика во Франціи, въ этомъ дѣлѣ не останавливаются и на этомъ.

Мы видѣли выше союзы стариннаго происхожденія, за коими издавна признается качество особой отъ сочленовъ личности. Мы видѣли формы союзовъ относительно-новѣйшаго типа, коимъ присвоивалось строеніе личное, потому что они торговые, промышленные, наживные, и въ этомъ смыслѣ заслуживающіе поощренія. Мы видѣли выше союзы, съ признаками личности, типа небарышническаго, которые возводятся въ личные, потому что въ нихъ скрыта utilité publique. Возможны союзы не торговые, которые становятся личными, потому что принимаютъ форму торговыхъ. Мы пришли, наконецъ, къ новѣйшему типу союзовъ, тоже въ той или иной мѣрѣ личныхъ, по соображеніямъ ихъ соціальной пользы для возрастающихъ массъ людей труда въ особенности.

Французская юриспруденція не останавливается и на семъ послѣднемъ мотивѣ личнаго строенія союзовъ. Уже давнымъ давно въ средѣ французскихъ юристовъ встрѣчаются контроверзныя мнѣнія при толкованіи articl'ей Code civil, касающихся строенія чистыхъ и простыхъ товариществъ цивильныхъ, не торговаго типа и ничѣмъ особенно неквалифицированныхъ. Это *sociétés sans personnalité civile*. Нормы Code civ., какъ это мы видѣли, сводятся такъ легко къ строенію чистой латинской договорной societas... Такъ долгое время ихъ и разсматривали. Но вотъ настоятельная потребность въ союзныхъ формахъ нѣсколько болѣе прочнаго корпоративнаго типа побуждаетъ французскихъ юрисконсультовъ искать признаковъ корпоративнаго строя даже въ этихъ простыхъ договорныхъ товариществахъ. Воззрѣнія этого рода развиваются у французовъ не въ отвлеченныхъ трактатахъ,

а въ рѣшеніяхъ судовъ. Тутъ крайне много контроверзнаго. Намъ неудобно здѣсь присматриваться къ этому направленію въ движеніи практики. Довольно сказать, что профессоръ Lyon-Caen, который не принадлежитъ къ этой группѣ юристовъ, отмѣчаетъ все возростающее стремленіе допускать и въ союзахъ sans personnalité civile нѣкоторые признаки корпоративнаго строенія, отдѣльныя черты союзной личности [1]). У юристовъ-практиковъ рѣчь идетъ натурально главнымъ образомъ о томъ, можно ли вывести такія положенія изъ текстовъ Code civ. или нѣтъ? Возможно, что при буквальномъ разумѣніи элементы корпоративнаго строя не легко вырабатываются изъ текстовъ Code civil, и это основа взглядовъ одной группы юристовъ. Но дѣло до крайности жизненное... Рѣчь идетъ уже не о текстѣ стараго закона только, а о той широтѣ и свободѣ образованія товариществъ съ цивильными цѣлями, которую допускаетъ новое законодательство и которую питаетъ обильно духъ времени. Задача поставлена въ томъ смыслѣ, чтобы путемъ договорнаго права достигнуть хотя бы и не прямого признанія особой отъ членовъ и полной правоспособности союза. Задача не носитъ радикальнаго характера, она вся ограничена тѣмъ, чтобъ устранить нѣкоторыя неудобства господства индивидуалистическихъ элементовъ въ строеніи простыхъ товариществъ и сообщить имъ нѣкоторыя удобства и выгоды строенія корпорацій.

Практика англійскаго права въ этомъ дѣлѣ свободы союзовъ идетъ впереди всѣхъ континентальныхъ государствъ. Формальные реквизиты образованія союзовъ и регламентація наружная доведены тамъ до минимума и замѣнены контролемъ дѣятельности союзовъ по существу [2]). Группа французскихъ писателей, идущихъ къ этой цѣли, должна на пути одолѣвать большія трудности, ибо нѣтъ сомнѣнія, что Code civil образовался весь въ духѣ очень ясно выраженнаго индивидуализма. Не менѣе того это стремленіе французовъ не заключаетъ въ себѣ ничего произвольнаго или незрѣлаго. Наоборотъ, къ этой задачѣ шло и идетъ само французское законодательство смѣлыми и быстрыми шагами. Цѣль, къ которой стремятся юрисконсульты этого лагеря, состоитъ въ томъ, чтобы дать свободному договорному товариществу весь эффектъ, котораго только возможно достигнуть путемъ договора. Это отвѣтъ на требованія жизни. Союзы должны быть поощряемы не по тѣмъ или другимъ исключительнымъ сообра-

---

[1]) Traité, t. II, p. 94, прим. 1 и 2.
[2]) Hubert-Valleroux, Les diverses législ. de l'Europe ets., стр. 14 и 15.

женіямъ, а *по тому одному, что они суть союзы*, что это не розь, а общеніе людей въ сферѣ права. Отъ права особеннаго для союзовъ того или другого типа нынѣшняя юриспруденція идетъ *къ настоящему общему союзному праву*. На этомъ пути нельзя не привѣтствовать всякаго, хотя бы и не особенно виднаго, въ первую минуту, успѣха.

Если англійская система вовсе не знаетъ различія правъ товариществъ торговыхъ и просто цивильныхъ, если англичане допускаютъ въ простой partnership, вовсе не возведенной въ personnalité civile, право кредиторовъ союза искать удовлетворенія изъ складочнаго имущества предпочтительно передъ личными кредиторами отдѣльныхъ членовъ товарищества, если, наконецъ, простая partnership можетъ пледировать на судѣ подъ именемъ союзной формы, не называя поименно товарищей, то что, въ самомъ дѣлѣ, кромѣ безжизненной буквы закона, будетъ стоять на пути французской юриспруденціи къ тѣмъ же цѣлямъ?...

Это стремленіе нашло себѣ въ послѣднее время очень краснорѣчивое выраженіе въ небольшой работѣ дижонскаго профессора Marcel Mongin [1]). Mongin ищетъ примирить новыя стремленія жизни и практики съ текстами стараго кодекса. Это дается ему не легко. Метода Mongin заслуживаетъ полнаго одобренія и за ней, конечно, будущее въ задачахъ этого рода. Онъ ищетъ для société civile безъ personnalité morale *внутреннихъ признаковъ*, которые, *независимо отъ фикцій*, сближаютъ въ извѣстныхъ случаяхъ товарищество цивильное съ торговымъ. Эти внутренніе признаки сводятся къ 4-мъ слѣдующимъ.

1. Имущество товарищества, не имѣющаго вовсе свойствъ обособленной отъ отдѣльныхъ товарищей гражданской личности, находится, пока союзъ длится, въ общей собственности товарищей, но въ общей собственности не того типа, который знаетъ право римское (кодифицированное), а въ общей собственности, не допускающей ни отчужденія, ни обремененія долгами со стороны товарища, который не уполномоченъ управлять дѣлами, до того срока, пока длится договорно-товарищеское отношеніе. Это ясно выражено въ art. 1860 Cod. civ. Mongin называетъ это *служебностью или сервитутомъ недѣлимости* (servitude

[1]) Работа появилась сперва въ Revue critique de législation et de jurisprudence, затѣмъ отдѣльной брошюрой у Cotillon. Mongin не названъ у Lyon Caen въ его Traité, vol. II fasc. 1-e, потому, конечно, что обѣ работы появились почти одновременно. Литературныя указанія и ссылки на практическую юриспруденцію весьма обильны въ названной брошюрѣ. Къ удивленію у Vavasseur'a мы не встрѣтили указаній на Marcel Mongin.

d'indivision). Отсюда идетъ заключеніе, что кредиторы товарища не въ правѣ требовать изъ товарищескаго имущества удовлетворенія своихъ личныхъ къ имуществу притязаній. Такимъ образомъ, товарищескій фондъ идетъ на предпочтительное удовлетвореніе обязательствъ союзныхъ, а не отдѣльныхъ каждаго товарища. Съ нѣкоторыми ограниченіями, нѣтъ сомнѣнія, это возможно допустить. И въ такомъ случаѣ простое товарищество будетъ въ этомъ пунктѣ сходиться съ конструкціей союза avec personnalité morale. Для коллективныхъ операцій товарищества это дѣло крайней важности.

2. Въ случаяхъ, гдѣ есть обособленная союзная личность, отдѣльный товарищъ, назовемъ его Ч, къ коему обращено взысканіе со стороны 3-го (Т), не можетъ противопоставить ему возраженіе о зачетѣ (компенсаціи) этого взысканія требованіемъ союза (С) къ Т. Основаніе ясно. С (союзъ) и Ч (членъ его) суть разныя лица, а компенсировать требованія Т къ Ч можно только встрѣчнымъ требованіемъ Ч къ Т. Совсѣмъ иное дѣло тамъ, гдѣ союзъ и членъ его не различны, а лично тождественны, т.-е. когда у союза нѣтъ ничего *своего, особаго отъ членовъ*. Тогда, естественно, требованіе Т къ Ч можетъ быть встрѣчено возраженіемъ о компенсаціи. Mongin, однако, въ той же art. 1860 находитъ основаніе, надо сознаться нѣсколько отдаленное, для недопущенія компенсаціи взысканія со стороны Т къ Ч требованіемъ С къ Т, ибо тогда часть принадлежащаго союзу требованія (та, которая идетъ на долю должника Ч, если трехъ членовъ, то одна треть) къ Т пошла бы на погашеніе личнаго обязательства Ч къ Т, а не для союзныхъ цѣлей, что-де противно art. 1860.

3. Еще смѣлѣе и случайнѣе идея отстаиваемая Mongin въ третьемъ пунктѣ его конструкціи, гдѣ онъ старается доказать, что если по art. 529 имущество *недвижимое* акціонерной компаніи обращается у акціонеровъ *въ движимости*, ибо таковы суть акціи, то подобное же преображеніе возможно и въ нѣкоторыхъ видахъ договорныхъ товариществъ. Быть можетъ, но самое явленіе не характерное въ цѣломъ и объясненіе слишкомъ комплицировано (см. § 3 брошюры, стр. 20 и слѣд.). Этотъ принципъ, независимо отъ soc. commerc. примѣненъ напр., въ законѣ 1810 г. къ sociétés minières.

4. Зато очень ясенъ послѣдній пунктъ возможнаго сближенія союзовъ безъ личности съ лицомъ юридическимъ. Это право подобныхъ союзовъ *защищать свои союзные интересы на судѣ именемъ цѣлаго*, безъ наименованія сочленовъ. Mongin ясно

представляетъ себѣ трудность устранить прямо выраженную въ Code de proc. civ. максиму, но онъ принимаетъ, опираясь на практическіе случаи, что максима nul ne plaide par procureur не представляетъ собою принципа права публичнаго, которое „privatorum pactis mutari non potest", и допускаетъ предварительное соглашеніе заинтересованныхъ, по силѣ коего сторона заранѣе отказывается отъ примѣненія art. 61,2° C. de proc. civ. на случай если противникъ станетъ дѣйствовать въ процессѣ чрезъ общаго повѣреннаго безъ наименованія всѣхъ членовъ товарищества. Совершеннѣйшаго порядка возможно, натурально, ожидать лишь отъ дальнѣйшаго движенія законодательства въ отнѣнѣ указанной процессуальной максимы.

Подробностей разработки вопроса мы не касаемся, отсылая читателя къ указанной работѣ. Нѣтъ сомнѣнія, что въ задачѣ, которую ставитъ себѣ группа цивилистовъ этого направленія, сказывается потребность выдѣлить именно *гарантированную имуществомъ сочленовъ коллективную дѣеспособность союза* тамъ, гдѣ развитая въ той или другой мѣрѣ *отдѣльная правоспособность* не можетъ имѣть мѣста. Это и есть та сторона дѣла, которая насъ здѣсь наиболѣе интересуетъ.

Дальнѣйшій успѣхъ въ развитіи союзовъ виденъ во Франціи въ такъ называемыхъ профессіональныхъ синдикатахъ, которые составили предметъ регламентаціи въ законѣ 21-го марта 1884 года. Въ смыслѣ французскаго права это не суть настоящія sociétés, однако, въ нихъ есть несомнѣнно нѣчто аналогическое съ товариществомъ по раздѣльнымъ долямъ. По строю своему они напоминаютъ союзы профессіональные средневѣковой эпохи. Задачу, которую ставятъ себѣ современные синдикаты, составляютъ мѣры огражденія интересовъ людей одной профессіи. Но, однако, законъ оставляетъ неясными рядъ вопросовъ, очень важныхъ для строя этихъ союзовъ, о кругѣ профессій подлежащихъ огражденію синдикатами, о задачѣ такихъ союзовъ, о правѣ этихъ союзовъ ограждать подлежащіе ихъ вѣдѣнію интересы на судѣ (droit d'ester en justice). Слишкомъ общія выраженія закона (профессіи) дали основаніе включить сюда либеральныя профессіи (напр. врачебную), что было, однако, отвергнуто практикой. Относительно задачъ такихъ синдикатовъ явились сомнѣнія насчетъ способности нечленовъ союза оперировать подобно синдикатамъ, насчетъ свойства операцій, которыя предпринимаютъ синдикаты, суть ли онѣ торговыя, напр. доставка сырья членамъ союза, и не составляютъ ли такіе синдикаты скорѣе кооперативныя товарищества... Наконецъ, въ вопросѣ о правѣ

судебной защиты, на ряду съ задачами, ясными для синдикатовъ (преслѣдованіе упражняющихъ нелегально промыселъ, напр. продажу медикаментовъ, или хозяевъ, нарушающихъ условленные синдикатомъ для своихъ членовъ рабочіе часы или размѣръ заработной платы), есть рядъ крайне спорныхъ вопросовъ о границахъ исковой охраны правъ союза и правъ отдѣльныхъ членовъ синдиката.

За этими синдикатами юриспруденція склонна признавать то же свойство personnalité restreinte въ смыслѣ обособленной для союза *дѣеспособности союзной*, направляемой частью на дѣятельность учредительную (образованіе союзовъ, расширеніе, разныя операціи въ интересахъ сочленовъ), частью на охрану процессуальную интересовъ союза въ случаяхъ ихъ нарушенія.

Играющіе нынѣ видную роль въ огражденіи интересовъ отдѣльно стоящихъ людей союзы страховые, именно страхованія взаимнаго, гдѣ нѣтъ отдѣльнаго предпринимателя такихъ операцій и гдѣ каждый членъ союза есть одновременно и страховщикъ другихъ и страхователь себя, не суть въ легальномъ смыслѣ слова товарищества, sociétés, и практика не признаетъ за ними свойства цивильной личности, какія иногда признаются даже за простыми sociétés civiles [1]).

§ 32.

Юридическія отношенія корпораціи (продолженіе).—Австрія.—Охраненіе чистоты латинскихъ типовъ и формальное единство лицъ въ союзахъ новаго времени по Унгеру.—Прусскій Ландрехтъ.—Юриспруденція общаго права.—Національныя основы.—Горнозаводское товарищество.—Реально-раздѣльное соучастіе, неудобства.—Превращеніе старыхъ видовъ совладѣнія въ паи.—Дополнительные вносы.

Мы заключаемъ, такимъ образомъ, важный для разумѣнія вопроса о гражданской правоспособности коллективныхъ единицъ на западѣ этюдъ по современному французскому праву и переходимъ, засимъ, къ обозрѣнію того же явленія въ Германіи. Если французское право явило намъ любопытный образецъ практической системы, развивавшейся на довольно скудной почвѣ общаго кодифицированнаго права въ виду быстро нараставшей потребности новыхъ союзныхъ формъ, то дѣйствующее право Герма-

[1]) Lyon-Caen Traité № 933. Jay la personnalité des syndicats professionels. Gain, Traité théorique et pratique des associations syndicales (1884), Les syndicats professionels agricoles (1891).

ніи продолжало представлять собой бездну партикуляризмовъ, которые объединялись долгое время при помощи скорѣе теоретической, чѣмъ практической разработки принциповъ союзнаго права римскаго и германскаго происхожденія. Мы уже имѣли случай показать выше, какую массу попытокъ найти ключъ къ правильному построенію гражданско-правоспособныхъ союзовъ представляетъ нѣмецкая литература общаго права, римскаго и германскаго. Работы нѣмецкихъ юристовъ были и останутся для насъ весьма цѣнными въ особенности въ отношеніи къ задачѣ постигнуть *природу явленій* коллективной правоспособности, хотя долгое время эти работы оставляли многаго желать для цѣлей практическихъ. Въ результатѣ мы приходимъ къ убѣжденію, что союзная правоспособность не фикція, это такая же необходимость развитого цивильнаго обмѣна, какъ и правоспособность отдѣльнаго человѣка. Въ дальнѣйшемъ намъ надо коротко остановиться на законодательной обработкѣ вопроса объ юридическихъ отношеніяхъ союзовъ разнаго типа, хотя въ двухъ главнѣйшихъ современныхъ кодифицированныхъ системахъ, австрійской и прусской [1]), чтобы затѣмъ перейти къ движенію законодательства нѣмецкаго на новой почвѣ имперскаго права и законопроектовъ общаго нѣмецкаго гражданскаго уложенія, нынѣ составляющихъ уже дѣйствующій законъ. Во всемъ изложеніи мы ограничимся самыми выпуклыми чертами.

Задача самостоятельной обработки общихъ ученій о союзной правоспособности въ австрійскомъ гражданскомъ правѣ въ эпоху кодификаціи была, натурально, далеко еще не созрѣвшею. Австрійскій кодексъ 1811 года трактовалъ о юридическихъ лицахъ въ одномъ параграфѣ (§ 26). Послѣдующіе толкователи разсматривали вопросъ до такой степени поверхностно, что блестящій представитель австрійской юриспруденціи второй половины текущаго столѣтія, Іосифъ Унгеръ, объясняетъ этою скудостью старой обработки необходимость для него обширно трактовать это ученіе въ его „Системѣ“ [2]). Съ тѣхъ поръ задачи изученія до крайности осложнились массой новообразовавшихся союзовъ, вовсе незнакомыхъ старымъ кодификаторамъ. Въ указанной „Системѣ“

[1]) Нѣтъ сомнѣнія, что системы саксонскаго, цюрихскаго, баварскаго, а затѣмъ, англійскаго, испанскаго, итальянскаго права могутъ быть не только не менѣе важны, но частью даже болѣе важны для полнаго ознакомленія съ современнымъ союзнымъ правомъ, и мы здѣсь дѣлаемъ выборъ названныхъ двухъ системъ не изъ предпочтенія къ нимъ, а по необходимости ограничить предѣлы изложенія, законодательствами, ближе соприкасавшимися съ русскимъ, чѣмъ другія системы.

[2]) System des österreichischen allgemeinen Privatrechts (много разъ изданная), B. I, cap. 10.

своей Іосифъ Унгеръ учитъ въ явленіяхъ коллективнаго правообладанія различать въ современномъ австрійскомъ правѣ настоящую universitas, *во-первыхъ*, отъ societas, и эта задача выполнена имъ на тѣхъ же основахъ, какія были установлены главнѣйшимъ образомъ въ ученіяхъ Савиньи и его послѣдователей. Но, рядомъ съ этимъ, *во-вторыхъ*, Унгеръ отмѣчаетъ и для Австріи постоянно усиливающуюся тенденцію къ союзнымъ образованіямъ *новаго типа*, особенно для цѣлей кредита сочленовъ, сбереженій, обезпеченія вдовъ и сиротъ, страхованія, и за симъ, для цѣлей религіозныхъ, художественныхъ, образовательныхъ, общежительныхъ (клубы, музыкальныя собранія, артистическіе кружки въ другихъ областяхъ искусства и проч.), для интересовъ локальныхъ, осушенія, орошенія, украшенія дачныхъ мѣстностей, для цѣлей торговыхъ, промышленныхъ, которыя не подчиняются ни чистому типу товарищества, ни латинскому понятію universitas. Почтенный цивилистъ трактуетъ объ этихъ явленіяхъ въ общей части своей системы только *для очищенія подлиннаго понятія* юридическаго лица (латинской формаціи) отъ этихъ новообразованій, которыхъ-де не слѣдуетъ смѣшивать съ явленіемъ настоящей universitas; подробное же изученіе подобныхъ явленій должно-де составлять задачу особенной части системы гражданскаго права (§ 43, пр. 12). Это, натурально, совершенно основательно, ибо явленія этого рода вовсе не такъ типичны, чтобъ можно было всю ихъ природу опредѣлить немногими общими чертами.

Не менѣе того и Унгеръ не отказывается дать имъ нѣкоторое своеобразное очертаніе, которое открываетъ этимъ явленіямъ возможность стать *въ извѣстныхъ отношеніяхъ* на ряду съ самобытной фигурой латинской universitas. Унгеръ далеко не безъ колебаній рѣшалъ любопытный вопросъ о природѣ этихъ явленій. По конструкціи его, опредѣлившейся въ его Системѣ [1]), союзы такого рода суть, вообще говоря, союзы *только личные* (то же, что у французовъ société de personnes), имѣющіе, однако, при этомъ нѣкоторое *подобіе корпоративной организаціи для внѣшнихъ цѣлей* и вмѣстѣ съ этимъ представляющіе видоизмѣненія строя внутреннихъ отношеній нормальнаго для простой societas (стр. 330). Въ чемъ же дѣло? Унгеръ называетъ такого типа союзъ *формальнымъ единствомъ лицъ*, въ которое могутъ вступать и изъ коего могутъ выходить отдѣльные члены, не из-

[1]) См. напр., изд. 3-е, стр. 330, лит. B, до стр. 337-й; иначе — въ Krit. Uebersch. VI.

мѣняя его тожества. Весь наличный составъ союза образуетъ единую волю, которую осуществляетъ постоянный союзный органъ (334 стр.). *Матеріально*, однако, при этомъ, положеніе союза есть иное, чѣмъ положеніе корпораціи, ибо права членовъ, respective ихъ обязанности, вовсе не поглощены правами союза, а постоянно выступаютъ, какъ имъ, отдѣльнымъ членамъ, принадлежащія (стр. 333). Пока союзъ существуетъ, эти права членовъ нѣсколько затемнены и составляютъ какъ бы ихъ притязанія на союзное имущество (стр. 334, пр. 15), нѣтъ здѣсь иска на раздѣлъ общаго имущества (стр. 331, пр. 12), и лишь съ прекращеніемъ союза матерьяльная особность долей каждаго опредѣляется рѣзко и ясно (стр. 334, пр. 15). Сверхъ этого, союзъ представляетъ *единство процессуальной личности*, personam legitimam in judicio standi, съ общимъ мѣстожительствомъ (стр. 331 и 336). Унгеръ очень противъ того, чтобъ примѣнять сюда то же понятіе корпораціи, которое выражаетъ идею латинской universitas, съ простой квалификаціей этихъ корпорацій признакомъ ихъ не римскаго, а германскаго происхожденія (336).

И такъ, два вида единства лицъ, одно — поглощающее обособленную гражданскую правоспособность сочленовъ, другое — связующее въ сферѣ союзныхъ отношеній раздѣльную дѣеспособность членовъ и образующее коллективную воле-, вѣрнѣе, дѣеспособность цѣлаго, съ нѣкоторыми ограниченіями правоспособности членовъ.

Въ результатѣ двѣ формы союзнаго единства въ практикѣ австрійскаго права, одна—несомнѣнно латинская, другая—развившаяся въ новомъ правѣ явнымъ образомъ независимо отъ рецепированнаго права! Каждая имѣетъ свою сферу примѣненія, при чемъ одна не только не поглощаетъ, но и неспособна поглотить другую. Обѣ существуютъ рядомъ. Тѣ учители, которые принимаютъ для подлинной корпораціи необходимость особаго акта креаціи (Унгеръ) со стороны государства юридической личности, отмѣчаютъ какъ черту новой формы, что тутъ креація не нужна, а достаточно простого неимѣнія препятствій со стороны полицейскихъ установленій (334—335).

Возможно ли не узнать здѣсь явленія той самой personnalité restreinte, о которой для французскаго права сейчасъ намъ свидѣтельствовалъ нередовой французскій писатель Mongin? Совпаденіе результатовъ изученія современнаго права у обоихъ писателей тѣмъ болѣе поразительно, что одинъ идетъ къ изученію нынѣшняго союзнаго права отъ строгихъ формулъ Code civil и

ищетъ приноровить ихъ къ требованіямъ современнаго общежитія; другой, Унгеръ, исходитъ отъ изученія права римскаго и современныхъ проблемъ научныхъ и практическихъ, опредѣлившихся въ особенности у германистовъ. Очевидно, тутъ и тамъ явленія жизни, потребности настоятельныя современныхъ европейскихъ обществъ имѣютъ крайне много точекъ соприкосновенія, и результаты изслѣдованія не могутъ быть различны, несмотря на различіе исходныхъ точекъ и методовъ изученія и построенія юридическихъ понятій.

Прусскій ландрехтъ, какъ и австрійскій кодексъ, появился въ такую пору, когда налицо была еще масса старинныхъ формъ общности, и потребность въ развитіи новыхъ формъ далеко еще не созрѣла. Если такая потребность возникала въ отдѣльныхъ случаяхъ, то законодательство точно указывало способы установленія корпоративныхъ правъ посредствомъ отдѣльныхъ статутовъ для каждаго случая, или хотя и посредствомъ нормъ, но для той или другой спеціальной цѣли, наприм., для торговыхъ товариществъ въ особенности. Такимъ образомъ, въ массѣ случаевъ, строеніе юридическаго лица въ системѣ ландрехта сходилось съ реципированнымъ латинскимъ правомъ, за предѣлами коего союзы своеобразные пользовались признаніемъ лишь всякій разъ по особымъ соображеніямъ. Типъ союза общій съ нѣкоторыми осложненіями корпоративнаго характера легко допускался законодательствомъ лишь въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ эти черты корпоративнаго строенія ограничивались отношеніями внутренними какъ въ общей собственности, безъ признаковъ самобытности союза во внѣшнихъ его отношеніяхъ [1]).

Однако, и здѣсь постепенное разложеніе старинныхъ союзныхъ формъ и потребность замѣны ихъ конструкціями болѣе солидными и надежными, чѣмъ простое товарищество, вело законодательство по пути все болѣе и болѣе широкаго признанія за союзами промышленными, земледѣльческими, торговыми, тѣхъ или другихъ свойствъ настоящей корпораціи. Союзы лѣсохозяйственные, горнопромышленные, союзы регулирующіе пользованіе почвенными водными источниками приходили къ конструкціи отношеній внутреннихъ между сочленами наиболѣе соотвѣтственной цѣли союза и пріобрѣтали частью имущественныя права, а главнымъ образомъ легчайшіе способы осуществленія своихъ интересовъ путемъ процессуальнымъ, въ смыслѣ активной и пассивной легитимаціи вести процессы отъ своего имени.

[1]) Подробности у Гирке въ исторической части работы. Коротко у Дернбурга, §§ 59 и 58.

Успѣхи этого рода въ развитіи союзныхъ формъ имущественнаго обладанія или веденія не ограничивались, натурально, однимъ какимъ либо ландрехтомъ; они были общими для всѣхъ нѣмецкихъ территорій.

Нѣтъ, однако, сомнѣнія, что работы разныхъ ландрехтовъ врозь только тогда достигали своихъ по-истинѣ высокихъ результатовъ, когда задачи развитія союзнаго права изъ области партикуляризмовъ перешли на общенаціональную, сперва только научную, а затѣмъ и практическую, законодательную и судебную, почву. Тутъ уже, конечно, труднѣе всего найти предѣлъ интереса въ изученіи этого обилія формъ союзнаго быта, частью изстари вырабатывавшихся, частью обновленныхъ, частью совсѣмъ новыхъ. Мы остановимся на самыхъ характерныхъ.

Одну изъ самыхъ любопытныхъ по своимъ юридическимъ метаморфозамъ союзныхъ формъ представляетъ собою товарищество горнозаводское. На этой формѣ возможно прослѣдить *превращеніе* специфическаго явленія *раздѣльности обладанія матеріально опредѣленными частями имущества недвижимаго съ нѣкоторымъ корпоративнымъ единствомъ совладѣльцевъ въ высшую союзную форму, въ компанію анонимную.* Метаморфоза происходитъ на нашихъ глазахъ и принадлежитъ къ числу самыхъ интересныхъ явленій современнаго права. На ней какъ будто экземплифицируется, разъясняется на отдѣльномъ примѣрѣ, общій процессъ перехода менѣе совершенныхъ союзныхъ формъ, недоразвитыхъ формъ союзно-личнаго обладанія, personnalité restreinte, въ оконченную, вполнѣ опредѣлившуюся, правоспособную юридическую личность. Вотъ, коротко, характерныя черты этого явленія. Реально-раздѣльныя части (Kuxe) горнозаводскаго дѣла [1]), при-

---

[1]) Представлять себѣ условія этого вида производства, необходимость общаго управленія и проч. не легко, если нѣтъ общаго понятія объ этой отрасли хозяйства. Нѣмецкая литература даетъ много средствъ ознакомиться съ горнозаводскимъ дѣломъ не технику. У насъ встрѣчаются иногда статьи Горнаго Журнала, написанныя не исключительно для спеціалистовъ и дающія общую картину дѣла, безъ которой частности устройства завода мало понятны непосвященному. Обращаемъ вниманіе читателей на талантливый очеркъ современнаго состоянія енисейской золотопромышленности горн. инженера Л. Ячевскаго (см. Горный Журналъ за 1892 г., т. 3, августъ—сентябрь). Уставы горнозаводскіе очень разнообразны въ разныхъ странахъ. Нѣмецкіе и французскіе частью переведены на русскій языкъ ((Штофъ А., 1882 г.). Для общаго обозрѣнія законодательствъ и литературы нѣмецкой можетъ служить Stobbe Handbuch, т. I, § 59. Обыкновенно реально-раздѣльныхъ долей въ промыслѣ, Kuxe, принимается 128. Это число удобно въ особенности, потому, что оно дѣлится на четныя числа, 2, 4 и проч., и стало быть даетъ легкій способъ опредѣлять такими долями соучастіе въ дѣлѣ многихъ товарищей. Переходъ отъ реальной раздѣльности къ идеямъ товарищества будетъ выражаться отвлеченными долями, но уже въ круглыхъ числахъ, 100, 1000, а не 128. Эти доли суть *въ юридическомъ смыслѣ движимости.* Самый промыселъ будетъ представлять

надлежащія отдѣльному промыслу (Gewerkschaft), представляютъ собою недвижимости съ особыми хозяевами, которые, однако, при всей раздѣльности обладанія (каждая доля заносится въ горнозаводскія вотчинныя книги какъ отдѣльная недвижимость, подлежитъ пересвоенію, залогу, посредствомъ занесеній въ ту же книгу [1]), по самому свойству дѣла, такъ тѣсно связано общими

собою союзъ по строенію очень близкій съ акціонерной компаніей, въ коей участіе опредѣляется, однако, не количествомъ денежныхъ единицъ (цѣна акціи 100, 1000 рубл.), а отвлеченными долями, одной сотой, тысячной всего дѣла (подобно тому, какъ Бэръ предлагалъ формулировать и самыя акціи въ критич. разборѣ нов. нѣмецк. акціонерн. закона, см. Jahrb. f. Dogmatik, XXI) и т. д., съ тѣмъ еще отличіемъ отъ акцій, что пріобрѣтатель доли вноситъ за нее не только ту или другую цѣну какъ за акцію, но *остается обязанным производить и дальнѣйшіе взносы* (Zubusse), *пока промыселъ въ ходу*.

[1]) Указанныя въ предшествующемъ примѣчаніи горнозаводск. товарищества (Gewerkschaft) съ дѣленіемъ всего промысла на 128 реально-раздѣльныхъ долей не составляютъ первоначальной фазы въ исторіи этого рода промышленныхъ организацій. Въ старинномъ нѣмецкомъ правѣ горнопромышленники, предпринимавшіе добываніе какого-либо металла, занимали, обыкновенно на чужихъ земляхъ, небольшія площади и устраивали дѣло въ тѣсномъ кругу товарищей (не больше 8, изъ коихъ 4 должны сами фактически быть рудокопами), при чемъ все дѣло распадалось на настоящіе матеріально раздѣльные участки, въ коихъ предприниматели состояли хозяевами этихъ участковъ (Eigenlehner), связанными, однако, товариществомъ по общему дѣлу, безъ чего и самое дѣло не могло бы идти, во-1-хъ, по свойству работъ, а затѣмъ и потому, что нормально такое предпріятіе въ началѣ не только ничего не приносило, но требовало еще взносовъ предпринимателей въ общую кассу (Zubusse) для общихъ затратъ. Къ подобному небольшому въ началѣ дѣлу могли примыкать отдѣльные предприниматели, если устраивали спуски (Stollen) къ промыслу и содѣйствовали этимъ отводу водъ и притоку воздуха. Участокъ каждаго составлялъ его недвижимость, и если бы входы къ нему становились недоступны, то промышленникъ былъ въ правѣ занимать другіе входы, причемъ недвижимость фиктивно оставалась тою-же. Указанная выше форма промысловаго союза съ 128-мью (нормально) реально-раздѣльными долями составляла уже позднѣйшую форму промышленной организаціи, когда разрабатывалась обширная площадь горнозаводскаго промысла и соучастниковъ являлось большое количество. На этой послѣдующей формѣ удерживаются еще ясные признаки родства ея организаціи съ прежней. Такъ, хотя эти 128 долей суть собственно только отвлеченныя доли цѣлаго, но каждая доля разсматривается въ юридическомъ смыслѣ какъ недвижимая вещь, каждый товарищъ (Gewerk) можетъ эту недвижимость занести въ горнозаводскую книгу тѣмъ порядкомъ, какъ дѣлается такое занесеніе для отдѣльнаго недвижимаго имущества, и можетъ ею распоряжаться какъ собственникъ, только отнюдь не вынимая этой доли изъ цѣлаго дѣла, чего собственно сдѣлать и нельзя, ибо такая долевая принадлежность ему промысла включаетъ въ себѣ вовсе не одно только право на извѣстную часть эксплоатируемыхъ нѣдръ земли, но также и притязаніе на соотвѣтствующее долевое участіе во всѣхъ удобствахъ и угодьяхъ, принадлежащихъ промыслу (лѣса, воды, строенія, машины и проч.). Другой признакъ родства этой формы со старинной въ томъ, что соучастники и здѣсь могутъ быть обязаны вносами (Zubusse). Если бы всѣ *доли* сошлись въ рукахъ одного владѣльца, то этимъ не былъ бы погашенъ ихъ юридическій характеръ реально-раздѣльныхъ недвижимостей. Эта форма товарищества по долямъ недвижимости (alte Kuxen) уступаетъ въ дальнѣйшемъ совершеннѣйшей формѣ, какъ будетъ ясно въ текстѣ (neue Kuxen). Нужно ли говорить, что эта смѣна формъ товарищескаго владѣнія долями иллюстрируетъ какъ нельзя лучше историческую смѣну соціальныхъ, экономическихъ и техническихъ условій производства. Каждая форма говоритъ сама за себя, и юриспруденція не много прибавляетъ къ этимъ явленіямъ эмпирическаго построенія

интересами, что необходимо подчиняются общему порядку въ веденіи всего дѣла и терпятъ въ интересахъ общихъ извѣстныя ограниченія своихъ частныхъ владѣльческихъ правъ. Они должны имѣть своего старшину и представителя. Въ вопросахъ веденія дѣла въ цѣломъ рѣшающую силу получаетъ большинство голосовъ. Всѣ соучастники этой общности несутъ вмѣстѣ тяжести нѣкоторыхъ затратъ и подчиняются необходимости дополнительныхъ вносовъ (Zubusse). Совладѣльцы способны отчуждать свои доли 3-мъ, но *не могутъ требовать матеріальнаго выдѣла своего участка изъ общаго дѣла* (servitude d'indivision). Въ случаѣ неисправности платежа обязательныхъ вносовъ (Zubusse) за продолжительные сроки соучастникъ теряетъ свою долю или освобождается отъ взысканія дополнительныхъ вносовъ цѣной отказа отъ совладѣнія. Въ подробностяхъ горнозаводскіе промыслы разныхъ земель носили болѣе или менѣе значительныя отклоненія отъ этихъ чертъ. Во всемъ строѣ отношеній легко, однако, найти черты близости съ указанными нами выше явленіями разлагающихся средневѣковыхъ формъ общности, съ одной стороны, и, съ другой, очень опредѣленные моменты различія отъ латинской общей собственности. Тутъ есть раздѣльная принадлежность недвижимыхъ долей, раздѣлъ общей прибыли, и рядомъ съ этимъ черты корпоративнаго строенія внутреннихъ отношеній, смѣна лицъ образующихъ корпорацію посредствомъ отчужденія своихъ долей, внѣшнее представительство цѣлаго, тѣ или другія ограниченія правъ соучастниковъ на ихъ доли и тяжесть обязанностей въ отношеніи къ союзу, тѣсно связанная съ владѣніемъ долями или частями цѣлаго.

Въ этомъ своемъ довольно примитивномъ видѣ эта форма общности представляетъ, при измѣняющихся условіяхъ производства, большія несовершенства и переходитъ легко въ высшую форму соучастія многихъ въ одномъ предпріятіи, по строенію, очень близко подходящую къ анонимному товариществу. Первый толчокъ къ этой перемѣнѣ даетъ обыкновенно необходимость большихъ затратъ для усовершенствованія эксплуатаціи, въ связи съ этимъ необходимость усилить кредитъ, чему въ старой конструкціи очень мѣшаетъ право каждаго участника обременять залогомъ свою долю въ личныхъ,а не въ союзныхъ цѣляхъ. Товарищи могутъ избрать для этого перехода какую они хотятъ форму товарищества, а если они не указываютъ именно таковой,

---

союзовъ, опредѣляя разстояніе этихъ формъ отъ латинской societas, condominium, отъ корпораціи того или другого типа.

то союзъ по закону будетъ собою представлять горнопромышленное товарищество новаго типа, neue Gewerkschaft, коему, *какъ лицу юридическому, принадлежитъ право собственности* на все движимое и недвижимое горнозаводское имущество (тутъ нѣтъ конца спорамъ, какъ назвать права союза и права членовъ), а *союзники пріобрѣтаютъ* взамѣнъ стараго обладанія недвижимостями *легко передаваемыя движимыя доли* (паи, акціи) и сочленскія права въ веденіи дѣлъ компаніи. При этомъ переходѣ старой грузной и неповоротливой организаціи въ новую, несомнѣнно болѣе подвижную и легкую, новая форма удерживаетъ, однако, нѣкоторыя черты прежняго своего строенія и въ особенности рѣзко-отличную отъ строенія акціонерной компаніи обязанность сочленовъ *къ дополнительнымъ вносамъ* (Zubusse).

Мы взяли здѣсь эту смѣну товарищескихъ формъ организаціи общаго обладанія или общаго предпріятія не потому, что имѣемъ въ виду ея ближайшее изученіе. Для этого нашъ очеркъ слишкомъ кратокъ. Эта эволюція важна для насъ, какъ осязательный образчикъ разнообразныхъ формъ подобнаго типа, которыя встрѣчаются въ самомъ различномъ примѣненіи къ предпріятіямъ, въ коихъ участниками являются или совладѣльцы отдѣльныхъ имуществъ, или предприниматели общаго дѣла, связанные общностью цѣли, коей они достигаютъ. Это могутъ быть совладѣльцы торговыхъ помѣщеній, лавокъ, амбаровъ, рыбныхъ промысловъ, совладѣльцы общаго торговаго судна, въ особомъ видѣ товарищества, которое нѣмцы называютъ Rhederei.

Эти формы правоотношеній долгое время почти не останавливали на себѣ вниманія нѣмецкой ученой юриспруденціи, потому въ особенности, что нынѣшняя наука права преслѣдовала главнымъ образомъ разработку системы права общаго, а право общее представлялось нѣмцамъ не въ видѣ національныхъ институтовъ, обыкновенно локальныхъ и не чисто цивильнаго типа, а въ видѣ системы реципированнаго латинскаго права. Въ то время когда въ Англіи и во Франціи давно уже поставлены были на очередь вполнѣ практическія задачи законодательству въ смыслѣ разработки новыхъ союзныхъ формъ, соотвѣтствующихъ современнымъ экономическимъ и соціальнымъ условіямъ, у нѣмцевъ все еще разбирались въ проблемахъ очень абстрактныхъ сопоставленія принциповъ латинскаго и національнаго права. Правда, что за этими проблемами нерѣдко скрывались задачи и практическаго свойства, но какъ будто еще ждавшія очереди, благопріятныхъ условій для развитія *своего* общаго права на ряду съ чужимъ,, а по планамъ германистовъ къ

отмѣну этой чужой системы, въ которой и старались указать причину всѣхъ золъ.

§ 33.

Юридическія отношенія корпорацій (продолженіе).—Сопоставленіе національныхъ и универсальныхъ союзныхъ формъ.—Возможность установить постоянные *внутренніе* признаки для распознанія въ союзахъ національныхъ обособленной союзной личности?—Критерій Лабанда.—Повѣрка.—Различеніе историческихъ ступеней развитія личности. — Mittelfiguren. — Ф. Регельсбергеръ.

Нѣтъ сомнѣнія, однако, что вмѣстѣ съ приближеніемъ этихъ вожделѣнныхъ условій національнаго творчества продолжительная разработка латинскихъ ученій и *сопоставленіе старыхъ союзныхъ формъ съ новыми* оказалось вовсе *не безплоднымъ для научнаго достоинства нѣмецкихъ работъ*. Слишкомъ пламенныя надежды на полное отторженіе отъ старыхъ ученій и на возможность вовсе вытолкать латинскихъ учителей (Austossungsprocess), конечно, не оправдались, и это національное возбужденіе содѣйствовало лишь успѣху разработки старыхъ мѣстныхъ союзныхъ типовъ въ духѣ общаго права не латинскаго корня. Затѣмъ, настойчивое выкрикиванье свойства этихъ конструкцій какъ національныхъ чистѣйшей воды, дающихъ будто проявленіе нѣмецкаго, и только нѣмецкаго, совсѣмъ особеннаго, юридическаго генія въ правѣ, составляло уже простой пріемъ агитаціи и способъ плѣнить нѣмецкое общественное мнѣніе въ пользу новыхъ продуктовъ.

Въ кругу этихъ *новыхъ* союзныхъ формъ легко было отличить такія, которыя вполнѣ точно покрываются признаками данными строеніемъ настоящей латинской universitas, или совершенно соотвѣтствуютъ понятію латинскаго societät'a. Но на этомъ дѣло, конечно, не остановилось. Новыя условія жизни вырабатывали товарищества совсѣмъ не этихъ только двухъ типовъ. Надо было отвѣчать на вопросъ, представляютъ ли собою новообразованные виды товарищества обособленную отъ товарищей, не подходящую подъ указанные критеріи *союзную личность*, юридическое лицо, или данный союзъ представляетъ собою лишь болѣе или менѣе *сложное юридическое отношеніе сочленовъ*, физическихъ лицъ, безъ обособленія союзной личности? Чтобы отвѣтить на этотъ вопросъ, слѣдовало, натурально, установить впередъ абстрактно, что же такое представляетъ собою обособленная отъ сочленовъ союзная личность, какіе признаки существенны, какіе случайны для этого понятія?

Простѣйшій отвѣтъ, въ духѣ теоріи фикціи, былъ бы такой. Признаки существенные для личности союзной суть тѣ же, что и для физическаго лица, ибо признавая союзъ личнымъ, мы оперируемъ посредствомъ фикціи, т.-е. мы присвоиваемъ корпораціи тѣ самыя права, изъ коихъ образуется правоспособность физическаго лица.

Независимо, однако, отъ того, что теорія фикціи сама мало пригодна для дѣла, что̀ въ результатѣ мы получили бы изъ этого сопоставленія или уравненія состава правоспособности независимо отъ различія субъектовъ, лицъ физическихъ и юридическихъ?

Получили бы мы неизмѣненный составъ и неизмѣнные признаки гражданской правоспособности, или нѣтъ? Мы думаемъ, что такихъ постоянныхъ признаковъ мы этимъ методомъ не получимъ, ибо самый составъ правоспособности отдѣльнаго человѣка *въ разныхъ историческихъ условіяхъ* совсѣмъ не одинъ и тотъ же. Составъ правоспособности отдѣльнаго человѣка въ развитой латинской системѣ — одинъ, въ слабо развитой для гражданскихъ правоотношеній средневѣковой эпохѣ совсѣмъ другой.

И такъ, лицо само, понятіе личности, гражданской правоспособности, имѣетъ не одинъ составъ въ различныя эпохи, въ различныхъ системахъ права. Стало быть, то что представляется личностью въ извѣстную пору, то съ точки зрѣнія послѣдующаго, болѣе развитаго состава того же понятія, будетъ неполной личностью, личностью въ относительномъ смыслѣ, personnalité restreinte, ступенью, притомъ низшею, развитія личности, *личностью зародышной*, ограниченной.

Сдѣланный нами такимъ образомъ анализъ предупреждаетъ насъ отъ неправильной постановки вопроса. Для опредѣленія признаковъ понятія личности не должно ставить самого вопроса абсолютно, по отношенію къ любой эпохѣ или къ любой системѣ права.

Мы не ошибемся если скажемъ, что такіе-то признаки личности, взятые изъ эпохи болѣе развитой цивильной системы, могутъ служить для опредѣленія личности и въ эпохѣ предшествующей, если мы ихъ тамъ найдемъ. Но если мы не найдемъ въ извѣстномъ союзѣ стараго типа всѣхъ признаковъ развитой цивильной личности, то это еще не будетъ значить, что союзъ безличенъ. Это будетъ значить только, что для ранней эпохи или для системы правоотношеній такого-то типа — этихъ признаковъ личности достаточно, чтобъ признать ея особность отъ образующихъ союзъ сочленовъ.

Между тѣмъ нѣкоторые изъ нѣмецкихъ писателей ищутъ именно *постоянныхъ* признаковъ союза съ обособленной отъ членовъ личностью и указываютъ намъ именно такіе признаки. Таковъ, напр., извѣстный нѣмецкій публицистъ Лабандъ.

Въ его очень почтенной работѣ по этому вопросу, которую читатель найдетъ въ Zeitschrift f. Handelsrecht Goldschmid'a, XXX, стр. 502, читаемъ:

Vereinigungen, bei welchen das objective Recht die Mitglieder von der Haftung für die zur Erreichung der Gemeinschaftszwecke eingegangener Verbindlichkeiten befreit, sind juristische Personen; Vereinigungen, bei welchen Mitglieder als solche für die zur Erreichung der Gemeinschaftszwecke eingegangener Verbindlichkeiten haften sind Rechtsverhältnisse.

Вся работа Лабанда выполнена превосходно, а выписанное мѣсто принадлежитъ къ числу очень характерныхъ и мѣткихъ въ этой работѣ [1]). Если мы станемъ на точку зрѣнія Римскаго права, то трудно, въ самомъ дѣлѣ, найти черту личной обособленности болѣе яркую, чѣмъ эта, именно связь долгового обязательства съ союзомъ и, въ духѣ латинскаго права, *только* съ союзомъ. Это, по латыни, означаетъ прямо, что союзъ есть обособленное лицо, отдѣльная отъ членовъ цивильная правоспособность. И такъ, это вполнѣ мѣтко, ganz treffend... но для чего, для какой системы? Для латинской. Мы будемъ имѣть много разъ случай впослѣдствіи убѣдиться, что именно эта черта, — гдѣ обязательство—тамъ личность, гдѣ особое обязательство, тамъ особая личность, — есть черта латинской системы [2]), и въ тоже время не можетъ быть никакого сомнѣнія, что этой чертой опредѣлить личную особенность въ нашей системѣ будетъ совершеннѣйшимъ произволомъ. Если тамъ только тотъ, кто установилъ обязательственное договорное отношеніе, тотъ же только, и отнюдь не другой, способенъ быть подлиннымъ субъектомъ этого долгового отношенія, то вѣдь всякому извѣстно, что у насъ это совершенно иначе. *Союзъ установилъ* въ своихъ цѣляхъ долговое *обязательство*, по коему *отвѣчаетъ*, однако, *не онъ самъ, а члены*,

---

[1]) См. объ этихъ воззрѣніяхъ въ особенности, а также и въ ряду со множествомъ другихъ попытокъ выйти изъ трудной проблемы въ только что появившемся замѣчательномъ сочиненіи А. И. Каминка Акціонерныя Компаніи. Юридич. изслѣдованіе. Томъ I. 1902 г., особенно главу 3-ю, гдѣ авторъ предлагаетъ пересмотръ обширной литературы ученія о юридическомъ лицѣ вообще, какъ основы той разновидности, именно компаніи акціонерной, которая занимаетъ автора въ особенности. Для конструкціи Лабанда см. особ. стр. 455 и слѣд., 461, 471; тамъ же оцѣнка воззрѣній Регельсбергера, Тона, Бэра и массы другихъ.

[2]) Тоже не безъ видоизмѣненій въ частностяхъ въ разную пору развитія.

или, не только онъ самъ, а съ нимъ на ряду и его члены, — и это въ нашемъ смыслѣ вовсе не такая невозможность какъ въ латинскомъ. Моя личность и личность союза не суть необходимо *так* противуполагаемыя, какъ латинская universitas и ея сочлены. Наши отношенія могутъ взаимно характеризоваться нерѣдко такими чертами зависимости, восполненія взаимнаго, коими характеризуются въ латинской системѣ не отношенія 2-хъ лицъ sui juris, а отношенія одной persona sui и другой persona alieni juris, какъ служебныхъ другъ въ другу, какъ взаимно-восполняющихъ одна другую. Значитъ ли это, что тутъ нѣтъ характеризующей строеніе союза отдѣльной отъ сочленовъ союзной личности, а есть лишь юридическое отношеніе между сочленами? — Совсѣмъ нѣтъ! Это значитъ только, что тутъ *нѣтъ той мѣры личнаго обособленія*, той *степени личнаго развитія*, какую знаетъ право латинское, но это не значитъ, чтобъ обособленіе не существовало вовсе.

Мы, такимъ образомъ, отвергаемъ абсолютную приложимость латинскихъ критеріевъ для опредѣленія состава личности въ нашей системѣ. Мы находимъ произвольнымъ примѣненіе тѣхъ же признаковъ, которые достаточны для распознанія обособленной личности у римлянъ, къ нашей системѣ. Убѣдиться въ неправильности этого пріема нетрудно, примѣнивъ критерій Лабанда къ разобранному нами выше примѣру горнозаводскихъ союзовъ на разныхъ ступеняхъ ихъ развитія. Zubusse, дополнительные вносы, или денежная отвѣтственность каждаго пайщика по дѣламъ союза, удерживается въ этихъ конструкціяхъ отъ самой примитивной ихъ формы до наиболѣе развитой. Неужели, однако, будетъ правильнымъ примѣнить ко всѣмъ тремъ, указаннымъ выше формаціямъ горнозаводскаго союза Лабандовскій критерій, и всѣ три вида союзовъ (Eigenlehner, Gewerkschaft стараго и новаго типа) признать одинаково безличными? Съ латинской точки зрѣнія это будетъ такъ; рецепція латинскихъ ученій способна и должна служить намъ для самыхъ разнообразныхъ цѣлей, кромѣ той, которая достигается въ данномъ случаѣ, т.-е. потери способности различать на нашей почвѣ очевидно разныя явленія, т.-е. кромѣ цѣли ослѣпленія.

Но отвергая этотъ латинскій критерій, мы, быть можетъ, подвергаемъ себя величайшей опасности потерять съ этимъ вмѣстѣ всякій критерій для различенія явленій товарищескаго союза безличнаго, т.-е. простого юридическаго договорнаго правоотношенія между сочленами, и союза личнаго, корпораціи? Мы промѣняли бы такимъ образомъ систему права извѣстнаго, выработаннаго,

хотя и чужого, на свою систему, которая даетъ намъ взамѣнъ настоящее jus incertum atque paene ridiculum!

Нѣтъ сомнѣнія, что возможность опредѣлять природу явленія по одному рѣшающему признаку неизмѣримо проще, чѣмъ осложненіе задачи изслѣдованіемъ многочисленныхъ видоизмѣненій простого явленія. Но, съ другой стороны, безспорно и то, что, опредѣляя явленіе произвольнымъ критеріемъ, мы заранѣе примиряемся съ результатомъ завѣдомо ложнымъ.

Фердинандъ Регельсбергеръ [1]) (Геттингенъ), опредѣливъ основные пункты ученія о юридическомъ лицѣ, останавливается на явленіяхъ, которыя составляютъ *спорную область* въ вопросѣ о свойствѣ конструкцій, личномъ или безличномъ (312—317 стр.). Выходъ изъ трудности, къ которому прибѣгаютъ нынѣ посредствомъ созданія такъ называемыхъ Mittelfiguren, *личности относительной* (personnalité restreinte, товарищество съ корпоративной организаціей), Регельсбергеръ находитъ совсѣмъ негоднымъ (ein schlimmer Ausweg), ибо вмѣсто дѣйствительной помощи въ рѣшеніи труднаго вопроса мы получаемъ только новое слово и оставляемъ задачу нерѣшенной (стр. 315).

Какой, однако, выходъ предлагаетъ самъ Регельсбергеръ, прекрасно сознающій, что критиковать много легче, чѣмъ созидать? Вотъ онъ. Намъ не слѣдуетъ, думаетъ Р., останавливаться на какомъ-либо отдѣльномъ признакѣ, чтобъ опредѣлять природу спорнаго явленія, а надлежитъ для рѣшенія вопроса, личенъ или безличенъ данный союзъ, принимать во вниманіе всю совокупность признаковъ, опредѣляющихъ характеръ разсматриваемаго союза, особенно признаковъ, рѣшающихъ для цѣлаго рода этихъ союзовъ, а не для отдѣльнаго ихъ вида. И такъ, въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ отдѣльные признаки не надежны взятые врозь, тѣ же признаки взятые вмѣстѣ дадутъ выходъ надежный, и мы отвѣтимъ безъ затрудненій — вотъ тутъ, въ акціонерной компаніи, есть союзная личность, а здѣсь, въ товариществѣ полномъ — ея нѣтъ, при этомъ, въ 1-мъ случаѣ это личность вполнѣ, во всемъ ея составѣ, въ 2-мъ это вовсе не личность, ибо средняго нѣтъ, tertium non datur.

---

[1]) См. его Pandecten 1893 г. (пока только Общая часть), которые представляютъ въ ряду попытокъ примиренія латинскихъ и современныхъ правовоззрѣній очень цѣнное пріобрѣтеніе новой нѣмецкой юридической литературы. Желательно продолженіе труда, но очевидно перерабатывать юридическія конструкціи въ основныхъ институтахъ гражданскаго права много труднѣй, чѣмъ давать поддѣльную свѣжесть давно затасканнымъ матеріямъ посредствомъ нѣкоторыхъ стилистическихъ или безразличныхъ систематическихъ преображеній.

Мы сошлись бы вполнѣ съ Регельсбергеромъ, если бы составъ современныхъ системъ гражданскаго права былъ, такъ сказать, однородный, если бы современныя системы не представляли намъ *очевидной двойственности* своего сложенія, если бы институты юридическіе давали намъ нѣчто законченное, завершенное, а не постоянно измѣнчивую, постоянно прилаживающуюся къ живымъ историческимъ, соціальнымъ и экономическимъ явленіямъ дѣйствительность. Въ этихъ условіяхъ составъ понятія личности въ традиціяхъ разныхъ системъ не можетъ быть совершенно одинаковымъ, всегда себѣ равнымъ. Такимъ образомъ, ставить для нынѣшней жизни дилемму такъ, какъ она можетъ быть поставлена для кодифицированнаго юстиніановскаго права, есть уже ошибка въ методѣ. Для юстиніановскаго права вопросъ можетъ быть поставленъ такъ именно, какъ его ставитъ Регельсбергеръ и другіе романисты. Для современнаго права онъ долженъ быть поставленъ иначе, а именно такъ: есть ли здѣсь, въ такомъ-то явленіи, признаки личности въ смыслѣ римской системы, латинской universitas? Если ихъ нѣтъ, то не имѣются ли въ данномъ явленіи такіе признаки, которые, хотя и не даютъ намъ латинской universitas, но не лишаютъ его, въ условіяхъ менѣе развитаго въ личномъ смыслѣ характера обмѣна, свойствъ личности, сравнительно съ латинскимъ ея строеніемъ, только относительной, и все же существенно отличной отъ простого договорнаго товарищества? Вопросъ для нашего живого, измѣнчиваго и по составу нормъ и институтовъ двойственнаго права есть лучше къ нему приноровленный и способный вызвать отвѣтъ болѣе близкій, болѣе подходящій къ современной дѣйствительности, а особенно въ Германіи.

Посему выходъ изъ затрудненій, который даютъ такъ называемыя Mittelpersonen, не есть неправильный, а наоборотъ, вполнѣ соотвѣтствующій нашимъ системамъ правоотношеній, хотя оставляющій многого желать съ точки зрѣнія латинской прецизности и строгаго анализа. Онъ насъ выводитъ, хотя нѣкоторымъ обходнымъ путемъ, но къ такому рѣшенію вопроса, въ которомъ больше приближенія къ истинѣ, чѣмъ въ отвѣтѣ Регельсбергера.

Какъ мы назовемъ эту фигуру въ данномъ случаѣ, личностью относительной, корпораціей новаго типа, не римскаго, personalité restreinte, союзной дѣеспособностью съ отраженнымъ лишь вліяніемъ на права сочленовъ—это вопросъ данной формы, конкретнаго случая. Юридическія консеквенціи изъ такого отвѣта получаются сами собой. Разные соучастники союза станутъ въ такое взаимоотношеніе, которое, въ условіяхъ современнаго права,

въ той или другой степени удовлетворяетъ ихъ требованія личныхъ союзныхъ функцій, не поглощая, однако, формально всего строя ихъ правоотношеній въ одинъ составъ латинской universitas.

§ 34.

Договорное товарищество по Уложенію 96 г.; нѣкоторыя черты корпоративнаго строя.—Товарищество полное и признаки обособленія въ немъ союзной личности.—Такая ли здѣсь мѣра обособленія правоспособности союза какъ въ латинской universitas?—Erwerbs—u. Wirschaftsgenossenschaft. — Юридически самодѣйствующая организація имущественныхъ отношеній массы нуждающихся. — Зависимость отъ союза.—Спеціализація цѣлей. — Связь соучастія въ выгодахъ съ личнымъ участіемъ въ предпріятіи.—Свобода выхода и возвратъ товарищеской доли.—Подобіе средневѣковымъ формамъ земельной общности.—Отвѣтственнось по союзнымъ обязательствамъ. — Новая форма товариществъ съ предѣльной отвѣтственностью по закону 20 апр. 92 г.—Сфера примѣненія.—Взаимное отношеніе универсальныхъ и локальныхъ союзныхъ формъ.

Современное нѣмецкое право стало весьма отзывчиво къ практическимъ требованіямъ современной жизни, особенно замѣтнымъ образомъ въ связи съ опредѣлившимся нынѣ стремленіемъ вырабатывать систему права общаго на основѣ національной, а не исключительно латинской традиціи. Результаты весьма цѣнные для институтовъ такого типа достигнуты нынѣ въ особенности въ нѣмецкой Handelsgesetzbuch для товариществъ торговыхъ, въ новыхъ законодательныхъ актахъ для такъ называемыхъ Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften и въ Имперскомъ гражданскомъ уложеніи 96 г.

Мы не станемъ перечислять типическихъ формъ торговыхъ товариществъ по нѣмецкому торговому кодексу, ибо нѣкоторыя отклоненія ихъ отъ тѣхъ же типическихъ формъ во французскомъ правѣ, показанныхъ нами выше, для цѣлей этого ученія не существенны.

Мы показали выше, что французское торговое право развиваетъ всю свою систему торговыхъ товариществъ въ виду общихъ нормъ договорнаго товарищества, данныхъ гражданскимъ (а не торговымъ) кодексомъ. Эти общія нормы въ значительной мѣрѣ отличаются отъ латинскаго понятія societas. Разрабатывая формы торговыхъ товариществъ для системы права общаго (нынѣ имперскаго), нѣмецкое торговое уложеніе не имѣло такого общецивильнаго фона, какимъ располагала французская юриспруденція при выработкѣ Code de commerce. Этотъ *общій фонъ* имперскаго права *для договорныхъ товариществъ составляла рецепти-*

рованная латинская система, видоизмѣненная разными ландрехтами для отдѣльныхъ территорій. Въ настоящее время Гражданское уложеніе 96 г. восполняетъ этотъ недостатокъ. Эта новая основа для имперскаго права выработана въ виду образцовъ старо-германскаго типа, дѣйствующихъ системъ французскаго, прусскаго права и торговаго уложенія. Тутъ слѣдуетъ отмѣтить въ особенности, что въ договорномъ товариществѣ по новому плану *черты корпоративнаго строя* являются значительно болѣе выпуклыми, чѣмъ въ латинскомъ типѣ. Это составляетъ несомнѣнный успѣхъ нѣмецкихъ юристовъ національнаго лагеря, т.-е. германистовъ. Германисты, горячѣе всѣхъ нападая на безцвѣтность союзнаго права въ проектѣ 88 года, требовали именно здѣсь коренныхъ передѣлокъ. Гирке, въ одной изъ своихъ очень оживленныхъ нападокъ на кодификаторовъ, ставитъ вопросъ— быть или не быть гражданскому праву? Unser Privatrecht wird socialer sein, oder es wird nicht sein [1]). И нѣтъ сомнѣнія, что Второе чтеніе въ данномъ вопросѣ приблизилось, въ извѣстной степени, къ этой цѣли національнаго обновленія системы общаго права. Статьи 649, 654, 655 Второго чтенія опредѣляютъ, что *всякій сотоварищъ*, насколько онъ имѣетъ полномочіе вести дѣла товарищества, *является представителемъ всѣхъ* товарищей въ отношеніи къ третьимъ. Это полномочіе можетъ быть у него отнято постановленіемъ *большинства* товарищей, если есть для сего серьезныя основанія. Товарищество не теряетъ своего характера, если силой товарищескаго договора эти опредѣленія расширены или съужены въ данномъ случаѣ. Другое видоизмѣненіе юридическаго строенія этого союза вводитъ ст. 658, по силѣ коей вещи, принадлежащія товарищу и вошедшія въ составъ *товарищескаго имущества*, не идутъ на удовлетвореніе требованій личныхъ кредиторовъ отдѣльнаго товарища. Пока товарищество въ этихъ условіяхъ своей организаціи продолжаетъ существовать, взысканіе съ находящагося въ его составѣ товарища можетъ идти лишь на всю его долю. Этимъ путемъ можетъ быть достигнуто прекращеніе товарищества, и тогда личный кредиторъ отдѣльнаго товарища будетъ удовлетво-

[1]) См. его брошюру Die soziale Aufgabe d. Priv. Rechts (Vortrag gehalten am 5 April 89 in der juristisch. Gesellschaft zu Wien). Здѣсь Г. развертываетъ всю картину „Новаго права", натурально въ самомъ приподнятомъ тонѣ по отношенію къ корпораціи германскаго типа въ особенности. Hier streift das Privatrecht überhaupt den Character des Individualrechts ab und geht in Socialrecht über... Darum beginnt hier eine ganz neue Reihe spezifischer Rechtsbegriffe die in den Niederungen (NB) des Individualrechts kein Vorbild haben. Много очень цѣнныхъ замѣтокъ о трудахъ проф. Гирке см. у Каминки въ указ. выше гл. 3-й назв. сочин.

ренъ лишь изъ оставшейся за уплатой по общимъ обязательствамъ наличности, которая придется на долю несостоятельнаго товарища. Внѣ всякаго сомнѣнія эти отдѣльныя черты корпоративной организаціи, большинство голосовъ, обособленное отъ членовъ имущество союза, существующія для договорнаго товарищества только факультативно, могутъ въ извѣстной степени поднять союзную кредитоспособность товарищества сравнительно съ простой societas. Близки къ этому, хотя съ переработкой редакціи, положенія договора товарищества по Нов. Улож. 96 г. (705 — 740 ст., особенно 709, 710, 718, 719, 727, 737).

Этихъ отдѣльныхъ чертъ корпоративнаго строенія еще вовсе, однако, не достаточно, чтобъ конструировать отдѣльную отъ сотоварищей союзную личность товарищества, и все, что здѣсь слѣдуетъ видѣть, это лишь простую модификацію договорнаго юридическаго отношенія въ опредѣленномъ кругу лицъ, способномъ, однако, легко распасться.

Много дальше въ этомъ отношеніи идетъ *товарищество полное* по дѣйствующему германскому торговому уложенію. Оно насъ здѣсь въ особенности интересуетъ какъ юридическая фигура, возбуждающая большія несогласія между нѣмецкими теоретиками, ищущими опредѣлить свойство конструкціи, какъ личной или безличной, по однимъ внутреннимъ признакамъ.

И такъ, вопросъ ставится нами такимъ образомъ: представляетъ ли собою *полное товарищество* въ современной нѣмецкой системѣ строеніе обособленной гражданской правоспособности, юридической личности, въ латинскомъ смыслѣ?

Отвѣчая на этотъ вопросъ, мы должны прежде всего замѣтить, что дѣйствующее нѣмецкое право, указавъ абсолютные реквизиты этой союзной формы, допускаетъ значительныя *видоизмѣненія ея факультативно*, по соглашенію сторонъ въ товарищескомъ договорѣ, въ подробностяхъ. Для нашихъ цѣлей мы беремъ здѣсь такой образецъ полнаго товарищества, въ коемъ есть всѣ допущенные закономъ въ составѣ договора элементы корпоративнаго строенія этой формы. Результатъ будетъ слѣдующій.

И такъ, понятіе полнаго торговаго товарищества будетъ налицо уже тогда, когда есть договоръ нѣкотораго круга лицъ, ведущихъ торгъ подъ общей фирмой и связанныхъ солидарной и неограниченной имущественной отвѣтственностью всѣхъ товарищей по общему предпріятію (НТУ [1]) ст. 105—160).

[1]) Мы дальше подъ этими иниціалами будемъ цитировать дѣйствующее нѣм. торг. улож., приведенное въ своемъ новомъ составѣ по тексту закона 10 мая 1897 г. въ согласіе съ имп. гражд. улож. 96 г.—Нѣмцы не употребляютъ

Всѣхъ этихъ признаковъ: a) фирма (о способахъ ее создать см. выше для франц. права), b) отвѣтственность солидарная и всѣмъ имуществомъ, c) веденіе торговаго дѣла нѣсколькими лицами вмѣстѣ,—конечно, недостаточно, чтобъ опредѣлить внутреннимъ критеріемъ природу этой конструкціи какъ личной. Но, засимъ, съ характеромъ или факультативнымъ, или обязательнымъ (въ той или другой мѣрѣ), слѣдуютъ другіе признаки конструкціи, которые въ самомъ дѣлѣ ставятъ этотъ вопросъ вполнѣ опредѣленно. Вотъ эти признаки:

Товарищество полное a) имѣетъ, подъ опасеніемъ довольно выраженныхъ невыгодъ, быть занесено въ торговые реестры суда съ указаніемъ фирмы, состава, перемѣнъ, въ интересахъ аутентичности этихъ данныхъ передъ любыми третьими (§ 123);

b) такимъ образомъ индивидуализированный союзъ способенъ пріобрѣтать подъ своей фирмой права, вступать въ обязательства, имѣть на свое имя въ вотчинныхъ книгахъ занесенную недвижимую собственность, искать и отвѣчать на судѣ (§ 124). Имущество товарищества не есть ни общая собственность, ни единоровная, а прямо собственность союза. Это собственность обособленная, и въ отношеніи способовъ ея пересвоенія и въ процессѣ взыскномъ (при конкурсѣ), вполнѣ отъ имущества отдѣльныхъ товарищей;

терминовъ соотвѣтствующихъ французскимъ soc. civile и commerciale (см выше), ибо у нихъ нѣтъ, вѣрнѣе—не было (ибо уже эти условія нынѣ измѣнились) общаго понятія договорнаго товарищества, какое даетъ французамъ code civil. Точно также они не употребляютъ въ легальной терминологіи противоположенія soc. sans personnalité civile и avec personnalité. У французовъ эти термины тоже принадлежатъ юриспруденціи, а не законодательству. До послѣдняго времени и нѣмцы не именуютъ правоспособныхъ корпорацій непремѣнно юридическими лицами, а лишь указываютъ составъ правоспособности такого-то вида союзовъ (обществъ, корпорацій, установленій), предоставляя юриспруденціи конструировать изъ такихъ комбинацій понятія личнаго и безличнаго товарищескаго правоотношенія. Изъ наименованія товарищества торговымъ не слѣдуетъ заключать, чтобъ оно непремѣнно вело торгъ. Мы видѣли выше у французовъ société à forme commerciale, коему этимъ присвоиваются извѣстные юридическіе признаки, безъ всякой надобности ему вести торгъ. Названіе *торговаго товарищества* есть, стало быть, обозначеніе союза съ признаками профессіи, выраженной въ этомъ терминѣ, а затѣмъ это есть техническое обозначеніе союза съ извѣстными особенностями его юридическаго строенія. Нѣмцы тоже въ виду особенностей развитія ихъ законодательства не говорятъ о soc. à forme commerciale, но хорошо знаютъ, какъ и французы, явленіе союзовъ не ведущихъ никакого торга и носящихъ, однако, свойственное торговому союзу наименованіе. Посему понятно что Лабандъ въ указанной выше статьѣ восклицаетъ: es giebt Handelsgesellschaften, welche weder Gesellschaften sind (см. выше горнозаводскій союзъ, гдѣ всѣ паи въ рукахъ одного лица) noch Handel treiben (см. выше франц. soc. à forme commerciale, точно также товарищества для пріобрѣтенія, сбыта недвижимостей, горнозаводское товарищество, Bergwerks-Aktienverein, которое не ведетъ никакого торга). Надлежитъ еще прибавить, что товарищество можетъ вести торгъ и не быть торговымъ товариществомъ.

c) не допускается зачета (компенсаціи) требованій товарищества посредствомъ частныхъ обязательствъ отдѣльныхъ товарищей, пока длится товарищество;

d) взысканіе противъ отдѣльнаго товарища по его частному долгу не можетъ быть направлено на товарищеское имущество или на долю, причитающуюся этому товарищу въ общемъ имуществѣ, ибо пока длится товарищескій союзъ ни одинъ изъ товарищей не въ правѣ располагать своей долей въ своихъ частныхъ цѣляхъ;

e) въ случаѣ конкурса товарищества, его вѣрители удовлетворяются изъ его имущества отдѣльно отъ частныхъ кредиторовъ товарищей (§§ 145 и слѣд., кратко);

f) въ случаѣ конкурса отдѣльнаго товарища взысканіе съ него не можетъ быть направлено на вещи, ему принадлежащія въ составѣ общаго имущества, а лишь на всю его долю, причемъ реализація требованій на этомъ имуществѣ можетъ послѣдовать лишь по прекращеніи товарищества (servitude d'indivision) и лишь на тѣхъ рессурсахъ, которые останутся за удовлетвореніемъ всѣхъ разсчетовъ съ товариществомъ (тамъ же);

g) составъ товарищества можетъ, если это предусмотрѣно договоромъ, измѣняться безъ прекращенія союза, чрезъ выходъ товарища, чрезъ исключеніе, чрезъ вступленіе на мѣсто умершаго его наслѣдника. При выходѣ или исключеніи товарищъ не можетъ требовать выдѣла изъ товарищескаго имущества, а лишь денежнаго удовлетворенія (§§ 137—139, 141, 142—144).

Взявъ эти и только эти признаки строенія полнаго товарищества, мы спрашиваемъ себя, что же вся эта юридическая позиція цѣлаго союза даетъ намъ по своему составу только договорное правоотношеніе товарищей и ничего болѣе, ничего личнаго въ смыслѣ обособленія правъ союза отъ правъ отдѣльныхъ товарищей? Нѣтъ сомнѣнія, что отвѣчать утвердительно на этотъ вопросъ, признать здѣсь только правоотношеніе товарищей будетъ явной ошибкой. Что мы именуемъ въ правѣ гражданскомъ личностью? Мы разумѣемъ подъ личностью *индивидуализированную связь правоотношеній извѣстнаго рода съ опредѣленнымъ субъектомъ*, съ человѣкомъ, съ союзомъ. Тутъ цѣлый рядъ правоотношеній связанъ именно съ союзомъ, *союзъ есть собственникъ, вѣритель, истецъ, отвѣтчикъ*... Въ нихъ именно и обнаруживается эта особая право-и дѣеспособность союза, его гражданская личность, которой мы ищемъ.

И такъ, правоотношенія, кратко очерченныя нами выше для полнаго товарищества, не составляютъ только договорнаго соціе-

тета, какъ въ латинской системѣ, а даютъ нѣчто явно болѣе консистентное для гражданскаго оборота, обособленное, самобытноличное. Что-жъ это будетъ, латинская корпорація, universitas?

Вглядимся ближе въ составъ понятія universitas и въ тотъ рядъ признаковъ, который можетъ характеризовать полное товарищество. Возьмемъ одинъ, виднѣйшій, на коемъ останавливаетъ вниманіе Лабандъ. То, что составляетъ обязательства союза, не можетъ составлять долга, лежащаго и на сочленахъ; что въ правѣ требовать союзъ, того не въ правѣ требовать отдѣльные сочлены. Поставлены ли здѣсь долги и требованія такъ врозь, какъ въ латинской universitas? Si quid universitati debetur singulis non debetur, nec quod debet universitas singuli debent? Такъ ли это здѣсь, или прямо наоборотъ? Мы видимъ здѣсь, что каждый членъ создаетъ правоотношенія для цѣлаго, устанавливаетъ для него обязательства, погашаетъ долги, предъявляетъ иски именемъ цѣлаго, отвѣчаетъ всѣмъ своимъ достояніемъ за долги союза... Такимъ образомъ, тутъ есть несомнѣнные признаки личности, особой у союза и особой у товарищей; но *та-ли это личность, какую создала латинская система?* Возможно ли сюда примѣнить ту характерную черту обособленія латинской личности, которую выражаетъ положеніе per liberam personam adquiri nobis non posse? Нѣтъ, та личность, о которой мы здѣсь говоримъ, не знаетъ этой степени юридическаго обособленія отъ другой. Тутъ фактъ и право сходятся ближе одинъ съ другимъ. Мы, фактически близкіе люди, вѣримъ другъ другу, и эта фактическая близость отражается на свойствѣ конструкціи. То, что я совершаю, какъ товарищъ, видоизмѣняетъ правоотношенія товарищества. Мои рессурсы отвѣчаютъ за товарищескія обязательства. Римляне не создали для подобныхъ условій *фактической* близости и довѣрія одного къ другому никакой специфической союзной формы. Въ латинской системѣ способность одного пріобрѣтать для другого условливалась *юридической зависимостью одного отъ другого*. Для этого необходима специфическая связь двухъ лицъ, одного sui, другого alieni juris. Въ современныхъ конструкціяхъ такой эффектъ является въ условіяхъ несравненно болѣе широкихъ и свободныхъ. Одинъ способенъ обязывать другого, пріобрѣтать черезъ него, пріобрѣтать и себя ради и въ пользу третьяго, отвѣчать, искать за другого. Каждое изъ лицъ, такимъ образомъ дѣйствующихъ, есть несомнѣнно persona libera, но строеніе такой личности есть иное, не столь строго юридически обособленное отъ другой, какъ мы это видимъ въ латинской системѣ. Это *лицо исторически иного возраста*, менѣе

опредѣлившееся, не столь законченное, обособленное, словомъ, это, по отношенію къ латинской universitas, personnalité restreinte, личная правоспособность лишь относительная.

Мы вовсе не развили такъ строго и законченно понятіе личности, какъ Римляне, но мы не создали и такой служебной юридической позиціи одного человѣка къ другому, какая видна въ этомъ противоположеніи personae sui и alieni juris. За то въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ латинская система пользуется этими двумя фигурами для своихъ ходовъ, и только ими, мы ведемъ, такъ сказать, ту же игру менѣе законченными, но болѣе гибкими, приноровленными ad hoc построеніями, въ коихъ оказывается, соотвѣтственно фактическимъ элементамъ отношенія, то больше, то меньше признаковъ личнаго обособленія союза отъ образующихъ его сочленовъ.

Безъ всякаго сомнѣнія въ конструкціи акціонерной компаніи, которой мы здѣсь не будемъ повторять (см. выше, для французскаго права), и по *внутреннимъ признакамъ ея строенія*, близость къ латинской universitas гораздо болѣе выраженная, чѣмъ въ товариществѣ полномъ. Здѣсь обособленіе союзнаго и членскаго обнимаетъ и область долговыхъ отношеній, на коей настаиваетъ Лабандъ. Все, что возможно отмѣтить здѣсь въ отличіе отъ латинскаго типическаго представленія корпораціи, — это *матеріальную* близость интересовъ акціонеровъ къ интересамъ компаніи, которая дѣлаетъ болѣе затруднительнымъ представленіе *чужого имущества* въ томъ имуществѣ компаніи, которое все есть только орудіе для операцій подлинныхъ дестинатеровъ всей игры, т.-е. акціонеровъ. Эта матеріальная близость ихъ къ интересамъ компанейскаго предпріятія остается не безъ вліянія, конечно, на разныя стороны конструкціи, на способы возникновенія, управленія, прекращенія этого союза, на судьбу его имущества послѣ ликвидаціи дѣлъ, и не менѣе того въ основныхъ чертахъ юридическаго строя латинской корпораціи и этой нынѣшней société de capitaux нѣтъ никакого внутренняго противорѣчія.

Тѣ самыя экономическія и соціальныя явленія нашего времени, которыя вызвали въ Англіи и во Франціи специфическое стремленіе къ сближенію людей въ союзы для борьбы противъ фактической монополіи владѣющихъ классовъ въ производствѣ, распредѣленіи, накопленіи и потребленіи экономическихъ благъ, оказали и въ Германіи чрезвычайно сильное вліяніе на движеніе законодательства и юриспруденціи и въ этой области вопросовъ, въ вопросахъ союзной правоспособности особаго вида товариществъ,

называемыхъ вообще Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften. Вамъ извѣстны изъ экономическихъ дисциплинъ размѣры этого движенія, заслуги нѣкоторыхъ его вождей, особенно Шульце-Делича и Рафейзена, и я остановлю ваше вниманіе здѣсь только на важныхъ для юриста модификаціяхъ внутренняго строенія этихъ союзовъ въ дѣйствующемъ нѣмецкомъ правѣ, которыя отличаютъ ихъ отъ формъ латинской universitas и не лишаютъ ихъ, однако, свойствъ правоспособной и обособленной въ нашемъ смыслѣ гражданской личности.

Специфическая задача, которую ставятъ себѣ союзы этого типа, Genossenschaften разныхъ наименованій, состоитъ въ томъ, чтобъ связать особой конструкціей имущественныя правоотношенія *массы нуждающихся людей* такъ, чтобы они свободно вступали въ составъ союзовъ для образованія изъ своихъ же рессурсовъ такой экономической силы, которая, своимъ юридическимъ строеніемъ, давала бы имъ характеръ стороны въ экономической борьбѣ съ превозмогающимъ противникомъ. Въ составѣ такихъ союзовъ отдѣльные люди дѣлаютъ какъ бы шагъ назадъ въ смыслѣ своей хозяйственной и юридической обособленности, ближе къ прежней союзной зависимости и общности, хотя выраженной теперь на иномъ, чѣмъ прежде, объектѣ [1]), притомъ общности, не стѣсняющей своихъ сочленовъ *лично*, а подчиняющей ихъ, взамѣнъ экономической зависимости отъ 3-хъ, нѣкоторой *имущественной зависимости отъ союза*, который, какъ цѣлое, существуетъ въ ихъ цѣляхъ и дѣйствуетъ подъ ихъ же прямымъ вліяніемъ. Для достиженія благопріятныхъ результатовъ борьбы надо дать союзу такую же *юридически самодѣйствующую организацію* и такіе же экономическіе *рессурсы, какими располагаетъ противная сторона*, т.-е. кругъ гражданско-правоспособныхъ и экономически состоятельныхъ людей. Въ экономическомъ смыслѣ, эта цѣль можетъ быть достигнута лишь посредствомъ возможно широкаго распространенія сочленства въ этихъ организаціяхъ; въ юридическомъ смыслѣ эта цѣль будетъ достигнута чрезъ сообщеніе такой организаціи тѣхъ свойствъ правоспособной личности, какія подобные союзы имѣли въ старое время, въ средневѣковой эпохѣ.

Для того, чтобъ такой союзъ служилъ только средствомъ для членовъ, а не поглощалъ ихъ лично, какъ это имѣло мѣсто въ

[1]) Прежде зависимость членовъ союза выражалась на ихъ землевладѣльческихъ отношеніяхъ, не вполнѣ свободныхъ, теперь на ихъ денежныхъ счетахъ, въ коихъ отдѣльные товарищи вынуждены подчиняться союзному режиму.

союзѣ патримоніальномъ, однимъ изъ важныхъ условій служитъ та черта теперешней союзной конструкціи, что они всѣ нынѣ суть по своимъ цѣлямъ *спеціализированные*, отвѣчающіе той или другой отдѣльной потребности людей, какъ это мы видимъ въ системѣ обязательствъ, а не обнимающіе человѣка во всѣхъ проявленіяхъ его личнаго существованія, какъ это было въ системѣ старинныхъ правоотношеній властныхъ.

Отвѣтомъ на эти стремленія въ Германіи были многообразные Verein'ы, Genossenschaft'ы, коимъ различныя земскія законодательства сообщали ту или другую организацію, въ виду не всегда одинаковыхъ практическихъ разсчетовъ, которые имѣютъ привести нуждающіеся классы къ указанной цѣли [1]). Въ теперь дѣйствующемъ союзномъ правѣ Германіи главнѣйшее значеніе имѣютъ не эти прежнія различія союзныхъ формъ, а новый имперскій нормативный законъ 1-го мая 1889 г. для Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften [2]).

Намъ надлежитъ здѣсь кратко отмѣтить характерныя черты *личнаго* строенія союзовъ по этому закону.

Казалось бы, для цѣли лично-союзной конструкціи правоотношеній ничто не можетъ быть пригоднѣе разобранной нами кратко выше совершенно абстрактной, посему примѣнимой для любой цѣли, формы акціонерной компаніи (стр. 452 и слѣд.). Но тѣ же неудобства, которыя мы указали выше въ обозрѣніи французскаго законодательства, мѣшаютъ, конечно, и здѣсь ея примѣненію. Все строеніе анонимнаго товарищества есть капиталистическое, и въ этомъ его непригодность для тѣхъ случаевъ, гдѣ капиталы еще имѣютъ возникнуть, а тѣмъ временемъ нужды людей уже опредѣлились очень ясно и не терпятъ отсрочки въ ихъ удовлетвореніи. Эти правоотношенія надо, стало быть, регистрировать не когда есть досугъ, какъ, положимъ, въ депозитѣ давно накопленныхъ богатствъ, а безотлагательно, какъ въ depositum miserabile, когда иначе грозитъ бѣда.

Мы имѣемъ здѣсь союзъ капиталовъ, какіе есть налицо, минимальныхъ, и даже менѣе того, какіе наростутъ чрезъ послѣдующія прибавки и приращенія, подобно тому, что мы видѣли

---

[1]) Очень хорошее краткое обозрѣніе этого движенія даетъ тотъ же Гирке въ Юридич. Словарѣ Гольцендорфа подъ рѣченіями Genossenschaft, Corporation и проч.

[2]) Изданъ безчисленное количество разъ множествомъ издателей, изъ коихъ очень ходячее и удобное, какъ и для другихъ новыхъ нѣмецкихъ законоположеній, даетъ Guttentag'sche Sammlung. Въ изданіи Гуттентага помѣщаются обозрѣнія старыхъ формъ конструкціи этихъ союзовъ и дѣлаются сопоставленія ихъ съ другими видами союзовъ.

въ старыхъ горнозаводскихъ союзахъ (см. выше) и что въ подробности опредѣляютъ отдѣльные статуты товариществъ (§ 7, § 20).

Чтобы образовался союзъ, необходимо не одно согласіе членовъ, выраженное подписью статута (какъ договора въ полномъ товариществѣ); необходима еще регистрація, т.-е. занесеніе товарищества подъ его реальной фирмой въ публичные списки подобныхъ союзовъ въ компетентномъ судѣ, въ составѣ членовъ не менѣе, 7-ми, незамкнутомъ, съ указаніемъ цѣли (кредитъ, пріобрѣтеніе сырья, склады, сбытъ, потребленіе, пріобрѣтеніе орудій производства, устройство жилищъ), съ наименованіемъ союза eingetragene Genossenschaft такого-то типа, mit beschränkter, unbeschränkter (и т. п., о чемъ позже) Haftung для сочленовъ, съ ихъ именами и экстрактомъ статута.

Регистрація даетъ, такимъ образомъ, публичную достовѣрность возникновенію, составу, назначенію, взаимоотношеніямъ частей и цѣлаго. Отсюда же видно мѣстожительство союза и органы управленія. Нормативный законъ 1889 г., допуская нѣкоторое разнообразіе и примѣнительность въ отдѣльныхъ статутахъ, опредѣляетъ для всѣхъ союзовъ этого типа существенныя черты ихъ юридическаго строенія.

Разъ ставъ гласно въ указанныя условія обособленнаго юридическаго существованія, союзъ способенъ начать свои юридическія операціи на свое имя.

Законъ 1889 г. предоставляетъ такому союзу selbstständige Rechte und Pflichten [1]). Онъ способенъ подъ своей фирмой пріобрѣтать собственность, вещныя права на недвижимости, съ занесеніемъ въ вотчинныя записи подъ союзной фирмой, искать и отвѣчать на судѣ (§ 17). Органы его нормальной дѣятельности, въ отличіе отъ полнаго товарищества и ближе къ строю акціонерной компаніи, суть правленіе, наблюдательный комитетъ и собраніе товарищей. Пока союзъ производитъ удачнымъ образомъ свои операціи и ничто не угрожаетъ его экономической состоятельности, его служебная для сочленовъ дѣятельность какъ нельзя лучше достигаетъ своей цѣли. Для нихъ открытъ кредитъ, для нихъ пріобрѣтаются орудія производства, заводятся склады, облегчается сбытъ, строются дома и прочее, и во всей сферѣ сюда направленной юридической дѣятельности союза не нужно ничьихъ именъ, кромѣ имени союзной фирмы.

---

[1]) См. отдѣльныя видоизмѣненія этого закона въ Einführ. Ges. къ Handelsgesetzb. artik. 10.

Въ этихъ условіяхъ внутреннія отношенія союза выражаются событіями дальнѣйшихъ денежныхъ взносовъ со стороны членовъ въ товарищескую кассу, вступленіемъ, выходомъ, удаленіемъ сочленовъ изъ состава союза. Существенное отличіе въ этомъ отношеніи союзной формы 1889 года отъ компаніи акціонерной заключается въ томъ, что акціонеръ можетъ спекулировать своими акціями, ибо эти акціи составляютъ обособленныя, раздѣльныя реальныя цѣнности, прямо предназначаемыя для легчайшаго обмѣна, особенно если онѣ формулированы на предъявителя. Это союзъ анонимный. Кто эти лица, скрытыя за именемъ союза,— вопросъ совершенно безразличный для всего строя отношеній компаніи. Наоборотъ, въ разсматриваемой формѣ вся задача конструкціи въ томъ, чтобы *связать долевое участіе* въ имущественныхъ *выгодахъ* товарищества *съ дѣйствительнымъ личнымъ участіемъ въ предпріятіи* допущеннаго въ составъ союза извѣстнаго круга лицъ. Эта черта приближаетъ Genossenschaft'ы къ полному торговому товариществу и удаляетъ ихъ отъ строенія анонимной компаніи. Правъ своихъ на выгоды совсѣмъ нельзя разобщить съ своимъ сочленствомъ. Долевое участіе товарища не воплощается въ образѣ акціи. Спекулировать нѣтъ никакого удобства. Здѣсь ясно сказывается приближеніе этого вида долевого участія въ общности къ тому строенію правоотношеній, какое знала средневѣковая общность. Существенное различіе, кромѣ объекта общаго обладанія, въ этомъ союзѣ отъ старыхъ формъ общности видно въ томъ, что здѣсь нѣтъ *обязательной* принадлежности лица къ союзу, нѣтъ наслѣдственнаго соучастія, а лишь свободное отношеніе соучастниковъ къ цѣлому. Надо, однако, быть непремѣнно членомъ союза лично, чтобы пользоваться всѣми выгодами положенія союзнаго правообладанія. Можно въ составѣ союза уступить (цедировать) свои права сочленства другому лицу, разумѣется, вмѣстѣ со всѣми выгодами и невыгодами этого положенія, но нельзя никакъ эксплуатировать свою позицію для коммерческихъ спекуляцій, независимо отъ принадлежности къ союзу; для этой цѣли строеніе союза не даетъ удобствъ, какъ не даетъ удобствъ для коммерческихъ спекуляцій положеніе раздѣльнаго совладѣльца горнопромышленнаго участка въ общемъ горномъ промыслѣ.

Вся свобода положенія сочлена союза въ его составѣ ограничивается тѣмъ, что ему *предоставлено лично уйти* изъ его состава *и взять* съ собою *свою долю* (конечно, только деньгами). И такъ, товарищъ очень легко освобождаетъ союзъ отъ своего соучастія, но нельзя, какъ мы это сейчасъ увидимъ подробно,

сказать того же объ освобожденіи себя отъ отвѣтственности по обязательствамъ союза.

Для выхода члена изъ состава союза нѣтъ никакихъ юридическихъ препятствій. Выйти можно актомъ простого отказа. Выходитъ членъ нерѣдко потому, что удаляется изъ округа дѣятельности союза. Наконецъ, сочленство прекращается уступкой, смертью.

Для осуществленія права выхода по своей волѣ есть нѣкоторые формальные реквизиты, напр., заявка отказа непремѣнно за три мѣсяца впередъ, при чемъ самое отчисленіе формально происходитъ лишь къ концу операціоннаго года (§ 63).

На что, однако, нужна эта тѣсная связь денежныхъ выгодъ съ *личнымъ* соучастіемъ опредѣленнаго члена въ составѣ союза? Умѣетъ же компанія акціонерная до такой степени легко и такъ сказать безслѣдно разрѣшать свои связи съ тѣмъ или другимъ личнымъ составомъ акціонеровъ!... Вотъ въ этомъ собственно и лежитъ самая существенная сторона различія въ строеніи того и другого типа союзовъ. Акціонеръ никогда и ничѣмъ не отвѣчаетъ по дѣламъ союза кромѣ имущественной доли, какую онъ имѣетъ въ составѣ союзнаго капитала. Съ него ни въ какомъ случаѣ нельзя ничего больше потребовать. Пока дѣла союза 89-го года идутъ хорошо, положеніе товарища ничѣмъ въ этомъ отношеніи осязательно не отличается отъ положенія акціонера.

Но, вотъ, началось колебаніе товарищескихъ операцій. Тогда всѣ товарищи могутъ начать одинъ за другимъ свои заявленія объ уходѣ изъ состава союза, съ тѣмъ несомнѣннымъ эфектомъ, что въ составѣ союзнаго имущества окажутся никому ненужныя вещи и ничѣмъ не обезпеченныя обязательства союза! Для того, чтобъ эта союзная форма не вырождалась легко въ такой видъ ограбленія кредиторовъ, необходимо приблизить строеніе этихъ союзовъ къ типу товарищества полнаго.

И такъ, долевое *участіе въ выгодахъ* союза и право сочленства въ немъ *покупаютъ* здѣсь *цѣною* личной, такъ или иначе выраженной, *отвѣтственности соучастниковъ союза* по всѣмъ союзнымъ операціямъ.

Союзъ работаетъ въ интересахъ товарищей. Составъ товарищества есть постоянно измѣнчивый, при чемъ союзъ остается все тою же юридически-обособленной личностью. За эту работу союза на пользу членовъ они, по нормальному экономическому положенію сочленовъ такихъ союзовъ, способны отвѣчать лишь самой незначительной наличностью. И въ интересахъ всего дѣла эта незначительная наличность восполняется той или другой фор-

мой и предѣломъ отвѣтственности, которую возлагаетъ на сочленовъ статутъ товарищества и общій нормативный законъ 89-го года.

Здѣсь лежитъ для насъ наиболѣе любопытная сторона конструкціи. Законъ указываетъ, что союзъ пріобрѣтаетъ всѣ свои права, собственность, другія вещныя права по недвижимостямъ *самостоятельно* (selbstständig, § 17). Но какой смыслъ этой Selbstständigkeit? Чисто формальный, чисто юридическій! Въ смыслѣ экономической наличности, эта Selbstständigkeit есть обыкновенно совершенно прекарная. Она существуетъ до той поры пока надеженъ составъ членовъ. Его резервный фондъ, его поступленія суть обыкновенно стоящія много ниже его потребностей. Эти потребности въ массѣ случаевъ удовлетворяются посредствомъ кредита. Обезпеченіемъ кредитоспособности союза служитъ не наличность союзнаго имущества, а рессурсы, какіе онъ способенъ собрать со своихъ членовъ въ случаѣ крайности. Это, такъ сказать, ихъ трибутъ, который они несутъ за евентуальныя выгоды ихъ принадлежности къ ассоціаціи [1]).

Мы сейчасъ скажемъ, какъ подвергаются они взысканію этого трибута. Но впередъ небольшое отступленіе, чтобъ опредѣлить мѣсто, которое принадлежитъ этой формѣ въ исторической перспективѣ новоевропейскаго права.

Что это за явленіе? новое оно, или очень старое и давно намъ знакомое? Поставимъ вопросъ ближе къ цѣли. Есть ли это явленіе взаимной и мало по размѣру, опредѣленной отвѣтственности одного члена союза за другого неизвѣстное намъ вовсе, или тутъ, въ указанномъ сочетаніи, нова только форма, новъ только объектъ сближающій людей въ этотъ тѣсный союзъ? Не была ли намъ и прежде знакома такая же связь людей, обыкновенно близкихъ, близкихъ и въ смыслѣ топографическомъ и въ смыслѣ экономическаго ихъ положенія, которая давала основу подобнымъ конструкціямъ?

Вспомнимъ средневѣковую поземельную общину съ указанными выше признаками ея строя (стр. 472 и слѣд. [2]). Тамъ та же связь членовъ съ цѣлымъ, личная, разсчитанная на полноту соучастія и въ выгодахъ, и въ тягостяхъ совладѣнія (auf ge-

---

[1]) Нѣкоторые цивилисты думаютъ свести всю конструкцію этой отвѣтственности къ типу поручительства. Эффектъ будетъ несомнѣнно близкій, но въ построеніи много особенностей, начать хоть съ того, что наличный и ушедшій членъ отвѣчаетъ вовсе не за чужое для него обязательство.

[2]) То же относится и къ другимъ формамъ общности средневѣковой эпохи, но мы ихъ здѣсь ради краткости не касались (см. особ. указан. выше работу Sohm'a и его ссылки на Meili).

meinsamen Gedeih u. Verderb), легко разрѣшимая для отдѣльныхъ членовъ, но не освобождающая отчужденнаго ими участка земли отъ тѣхъ или другихъ притязаній союза. Mutatis mutandis мы здѣсь имѣемъ то же явленіе союзнаго строя съ измѣненіями необходимыми по различію экономической матеріи, въ коей приражаются притязанія. Тутъ тоже я притязаю на выгоды сочленскаго соучастія въ общемъ предпріятіи; тоже могу уйти изъ состава товарищества, взять свою долю. Но этимъ я только себя лично освобождаю отъ связи, а не обрываю моего имущественнаго отношенія къ союзу, и тутъ именно въ смыслѣ отвѣтственности денежной по его обязательствамъ, тамъ въ смыслѣ евентуальнаго притязанія союза на выдѣленный земельный участокъ. Это та же *общность*, но представляющая собою какъ бы переходъ стараго союзнаго строя по недвижимому обладанію въ состояніе мобилизаціи, отрѣшенность отъ связи съ поземельнымъ владѣніемъ и воплощеніе этой связи въ эквиваленты движимыхъ цѣнностей. Это какъ будто историческая переходная форма *ликвидаціи общности поземельной, переводъ* трудно разсчитываемыхъ *поземельныхъ отношеній на денежную выкладку*. Существо связи членовъ сходно до подробностей; различны лишь формы, въ коихъ она воплощается. Это послѣдующая эволюціонная стадія той же связи людей, въ коей они невольно терпятъ нѣкоторое умаленіе, вѣрнѣе, нѣкоторую недоразвитость правоспособности индивидуальной, въ пользу интересовъ родовыхъ, общихъ, въ пользу правоспособности или личности союзной.

Законъ 89 года совмѣщаетъ въ себѣ различные выработанные практикой прежнихъ ландрехтовъ виды отвѣтственности вступающихъ и выбывающихъ членовъ за союзныя обязательства въ слѣдующія типическія формы.

Начать съ того, что отвѣтственность вновь вступающихъ товарищей всегда идетъ не только за долги, которые образовались во время ихъ принадлежности къ союзу, но и за прежде накопившіеся (§ 23). Такая отвѣтственность есть, однако, всегда субсидіарная, на случай, если имущества союза не будетъ достаточно для уплаты по долгамъ товарищества. При этомъ мѣра и порядокъ привлеченія къ имущественной отвѣтственности различаются по различію строенія товарищества на слѣдующіе 3 вида: а) для зарегистрованныхъ союзовъ съ неограниченной отвѣтственностью каждый членъ отвѣчаетъ солидарно и всѣмъ своимъ имуществомъ. По истеченіи 3-хъ мѣсяцевъ послѣ произведеннаго въ исполнительномъ порядкѣ разсчета дополнительной отвѣтственности товарищей, не получившіе удовлетворенія вѣрители могутъ

взыскивать съ любого изъ товарищей, не допуская возраженія объ ограниченіи отвѣтственности долями по числу содолжниковъ; b) другой видъ союза представляетъ собою то существенное отличіе отъ перваго, что дополнительное взысканіе идетъ хотя и неограниченно на все имущество товарища, какъ и въ первомъ случаѣ, но не прямо передъ кредиторами союза, а лишь передъ самимъ союзомъ и чрезъ его посредство передъ кредиторами; наконецъ, c) третій видъ союза даетъ отвѣтственность членовъ ограниченную извѣстной предѣльной суммой передъ союзомъ или кредиторами, но тоже солидарно (§ 135).

Очевидно, различіе предѣла отвѣтственности совпадаетъ или съ типомъ полнаго товарищества, или съ командитой.

Еслибы эти положенія объ отвѣтственности прилагались безразлично къ составу товарищей, наличныхъ и выбывшихъ, безъ всякаго, для послѣднихъ, предѣльнаго термина привлеченія ихъ къ отвѣтственности, т.-е. такъ сказать на вѣчныя времена, то, нѣтъ сомнѣнія, одно это обстоятельство отталкивало бы нуждающихся отъ соучастія въ такихъ союзахъ. И такъ, для лицъ выбывающихъ долженъ быть необходимо положенъ предѣлъ отвѣтственности въ нѣкоторыхъ границахъ времени, гдѣ есть еще возможность предположить ихъ соучастіе въ составѣ союза какъ больше или меньше связанное съ исходомъ товарищескаго предпріятія. Гдѣ такой связи установить нельзя, тамъ и отвѣтственность, конечно, не должна имѣть мѣста. Нѣмецкій законъ 89 г. устанавливаетъ предѣлъ времени для отвѣтственности выбывшаго товарища двухлѣтній. Если со времени выхода товарища и до открытія конкурса по дѣламъ союза прошло два года, то выбывшій товарищъ вовсе не отвѣчаетъ за его несостоятельность ни въ какой мѣрѣ и ни въ какой очереди (§ 119).

Этихъ основныхъ чертъ строенія нѣмецкихъ союзовъ легальнаго типа 89-го года достаточно, чтобъ убѣдиться въ значительности конструктивныхъ отступленій, которыя они представляютъ собою, отъ типа подлинной латинской universitas. Въ чертѣ весьма существенной для ихъ природы они даютъ намъ такое сочетаніе отвѣтственности по долговымъ операціямъ самого союза и его членовъ, котораго реципированное право вовсе не знаетъ. Но все же союзы этого рода, по своей природѣ и по своему историческому возрасту, не суть безличныя товарищества. Они представляютъ собою, какъ и латинская universitas, союзы личные, правда, съ характеромъ личности не вполнѣ обособленной, стѣсненной, неразвитой, personnalité restreinte; но таковою является и вообще личность, коллективная ли, или индивидуальная, на этой

ступени развитія человѣческихъ обществъ. И такъ, въ историческомъ преемствѣ это будетъ только стадія развитія личности, притомъ низшая; а въ ея соціальной функціи эта союзная личность составитъ только средство для цѣли, только орудіе въ рукахъ членовъ союза для цѣлей, которыя себѣ ставятъ эти члены. Въ этомъ тѣсномъ смыслѣ мы вправѣ допустить уподобленіе этого явленія тому различію лицъ, которое даетъ классическое право, противополагая personae sui и alieni juris.

Чрезвычайное оживленіе нѣмецкой юриспруденціи въ вопросахъ союзнаго права вызвало въ недавнее время образованіе еще новѣйшаго типа союзовъ, который, кажется, есть дѣйствительно вполнѣ оригинальный для современнаго союзнаго права. Это такъ называемая Gesellschaft (а не Genossenschaft) mit beschränkter Haftung, юридическая формула котораго выработана закономъ 20-го апрѣля 92 года. Это нѣкоторая специфическая комбинація конструктивныхъ элементовъ другихъ союзныхъ формъ, приноровленная къ извѣстнымъ практическимъ цѣлямъ, для коихъ существующія формы не вполнѣ подходятъ, и тоже одаренная обособленной отъ сочленовъ союзной правоспособностью. Она вполнѣ заслуживаетъ особаго изученія и съ 1-го своего появленія возбудила чувство гордости въ кружкахъ ея изобрѣтателей и недовѣрія въ людяхъ стараго опыта, каковы особенно Бэръ и Гольдшмитъ. Спеціально она насъ здѣсь не интересуетъ. Мы видимъ въ ней только свидѣтельство большого оживленія въ этой области юридическаго творчества у нѣмцевъ и обращаемъ на это оживленіе самое серьезное вниманіе, какъ на признакъ времени и на особое свойство современныхъ экономическихъ предпріятій.

Есть случаи въ промышленной жизни, гдѣ ни акціонерная компанія, ни полное товарищество не даютъ настоящей конструкціи для выраженія особаго характера потребностей и интересовъ предпринимателей. Требуется установить или поддержать юридическую связь лицъ, заинтересованныхъ въ одномъ предпріятіи, для коего, однако, не нужно вовсе такой сложной организаціи, какъ въ акціонерной компаніи. Дѣло, допустимъ, идетъ о новомъ изобрѣтеніи, которое возможно пустить въ ходъ всего лучше съ помощью нѣкотораго коллективнаго капитала, который образуется изъ взносовъ небольшого круга соучастниковъ. Акціонерная компанія сложна. Надо приблизить строеніе къ полному товариществу. Но полное товарищество требуетъ солидарной отвѣтственности круга товарищей безъ ограниченія извѣстной суммой. Здѣсь сумма должна быть ограничена. И такъ,

мы берем простоту строенія по образцу полнаго товарищества; но вмѣстѣ съ этимъ мы придаемъ ему характеръ союза капиталовъ, а не лицъ (société de capitaux, а не de personnes; основной капиталъ долженъ быть не менѣе 20 тыс. марокъ), съ соучастіемъ небольшого круга товарищей опредѣленными, довольно высокими (ставка не ниже 500 марокъ), но все же ограниченныхъ размѣровъ вкладами (§ 5). Въ то же время мы затрудняемъ передачу правъ соучастія приблизительно такъ, какъ въ Erwerbs u. Wirthschaftsgenossenschaften, не выдавая никакихъ акцій, но допуская, однако, наслѣдованіе и дѣленіе долей (§§ 15—17). А для того, чтобъ товарищество оперировало *какъ отдѣльная личность*, допускало нѣкоторую смѣну участниковъ и измѣненія, т.-е. повышеніе, пониженіе размѣровъ долей и дополнительные взносы (§ 26), мы требуемъ его регистраціи, съ указаніемъ содержанія товарищескаго договора и состава товарищей (§ 7); для тѣхъ же случаевъ, когда дѣятельность товарищества составляютъ банковыя операціи, — сверхъ того публикаціи баланса (42).

Удобное примѣненіе эта форма находитъ во многихъ случаяхъ, кромѣ указаннаго выше, въ особенности, напр., для продолженія коллективнаго соучастія сонаслѣдниковъ въ обширномъ фабричномъ предпріятіи; то же самое еще для образованія товарищества по предпріятію (свеклосахарному), когда въ немъ имѣетъ участвовать нѣкоторый кругъ производителей сырья; тоже, наконецъ, для перехода изъ формы акціонернаго предпріятія въ меньшее по размѣрамъ дѣло, гдѣ не требуется ни быстраго обмѣна соучастниковъ, ни привлеченія кредита (§§ 78 и 79). Вотъ главнѣйшія функціи, къ коимъ указанная форма *товарищества съ ограниченной отвѣтственностью* есть наиболѣе подходящая [1]).

Мы этимъ заключаемъ нашъ обзоръ опытовъ построенія союзной правоспособности у нѣмцевъ, въ особенности въ самомъ характерномъ для этого ученія пунктѣ, въ вопросѣ *о юридическихъ отношеніяхъ союза*, обособленно-личныхъ для союза и сочленовъ, или только договорно-обязательственныхъ (см. стр. 462). Мы посвятили *этому пункту* ученія сравнительно много вниманія, ибо въ немъ, по нашему мнѣнію, сосредоточивается главнѣйшій интересъ всего ученія и всѣ его трудности. Обозрѣвая выше, возможно сжато, историческія данныя для строенія отличныхъ отъ латинскаго права союзныхъ формъ *новаго типа* и ихъ те-

[1]) См. превосходное изданіе этого закона L. Parisius u. Hans Crüger 1893 г. (332 стр.).

перешняго вида во Франціи и Германіи, мы имѣли въ виду дать положительный и хорошо разработанный матеріалъ для повѣрки существующихъ нынѣ попытокъ создать *новое ученіе о корпораціи*, имѣющее вытѣснить латинскую догму и замѣнить ее довольно шумно провозглашаемыми конструкціями нѣмецкаго мастерства.

Натурально, всѣ эти штудіи важны для насъ не въ мѣрѣ ихъ значенія для науки западной, а въ мѣрѣ ихъ пригодности или примѣнимости къ цѣлямъ отечественной юриспруденціи. Идя этимъ путемъ сопоставленій историческихъ и догматическихъ, мы вовсе не удаляемся, а быстро подходимъ къ нашей ближайшей цѣли, ибо явленія союзной жизни, прошлой и современной, на западѣ и у насъ имѣютъ очень много точекъ прикосновенія. Отчасти мы указывали на это выше. Въ дѣломъ мы возвратимся къ этой проблемѣ къ концѣ этого ученія.

Для заключенія всего ученія о юридическомъ лицѣ намъ остается повѣрить ученіе германистовъ о дѣеспособности юридическаго лица, особенно о его деликтоспособности, и о его прекращеніи. Но мы находимъ возможнымъ уже здѣсь, исчерпавъ главный пунктъ конструкціи, поставить вопросъ, въ самомъ ли дѣлѣ та разработка, обильная, правда, новыхъ союзныхъ формъ, которую мы видѣли выше, пригодна *для полнаго переворота* въ ученіи о правоспособности коллективныхъ единицъ, въ особенности *для вытѣсненія и замѣны латинскихъ конструкцій*, латинской universitas, латинской корпораціи, къ чему направляютъ свои усилія писатели германистскаго лагеря?

Намъ думается, что отвѣтъ на этотъ вопросъ есть готовый уже здѣсь, въ виду сдѣланныхъ нами разъясненій по главному пункту союзныхъ конструкцій. Разобранныя нами специфическія формы съ неполнымъ обособленіемъ союзной личности отъ состава членовъ составляютъ явленіе несомнѣнно крайне характерное въ исторіи соціальнаго и экономическаго развитія новоевропейскихъ обществъ. Мы думаемъ, что нельзя достаточно высоко оцѣнить значеніе этого явленія для интересовъ современнаго общежитія. Заслуги современной западной, не одной нѣмецкой, юриспруденціи, въ сохраненіи и дальнѣйшей разработкѣ этихъ формъ, не подлежатъ ни малѣйшему сомнѣнію... Но на этомъ, кажется, намъ и надо остановиться, не пускаясь дальше въ сравненія этихъ явленій съ всемірно-историческими заслугами латинскаго юридическаго генія въ этой же области. Какъ бы мы ни ставили высоко свое творчество въ этой области, все же оно отвѣчаетъ лишь нѣкоторымъ нашимъ потребностямъ, специфиче-

скимъ, задачамъ локальнымъ, цѣлямъ условной необходимости, преходящимъ, временнымъ. Таковы въ особенности конструкціи смѣшаннаго типа, формы приноровленныя для надобностей людей извѣстнаго соціальнаго уровня. Онѣ, безспорно, необходимы и *незамѣнимы ничѣмъ*. Но пригодны ли онѣ для того, чтобъ вытѣснять иные, формально законченные, строго выдержанные типы союзно-личнаго обособленія, *станетъ ли ихъ, чтобы замѣстить собою все?* Вотъ въ этомъ вопросъ! И на него мы отвѣчаемъ безусловнымъ отрицаніемъ...

Чтобъ выразить нашу мысль возможно рельефно, мы прибѣгнемъ къ сравненію. Всѣ эти новыя союзныя формы, специфическія, локальныя, примѣнительныя къ отдѣльнымъ нуждамъ и цѣлямъ, составляютъ въ процессѣ современнаго цивильнаго обмѣна, въ достиженіи разнообразнѣйшихъ общежительныхъ цѣлей нашего времени то же, что въ задачахъ сообщенія даютъ намъ такъ называемые *подъѣздные пути*... Что можетъ замѣнить ихъ для ближайшихъ мѣстныхъ интересовъ, съ одной стороны, и для обогащенія всего обмѣна, съ другой? Конечно, ничто... Но совершенно такъ же всѣ эти пути, вся сѣть ихъ и вся система теряетъ всякій смыслъ, если мы подумаемъ не разработывать ихъ только въ ихъ цѣляхъ, а *замѣнять ими магистральныя линіи сообщенія*.

§ 35.

III. Дѣеспособность юридическаго лица. — Формализмъ воли въ строеніи юридической сдѣлки. — Выходъ изъ трудностей въ классическую эпоху. — Способность къ деликту. — Савиньи. — Видоизмѣненія въ понятіи вмѣненія. — Отсутствіе внутренняго критерія виновности. — Результаты въ современныхъ системахъ. — Отвѣтственность союзовъ. — Конструкція Гирке. — Нѣмецкій кодексъ. — IV. Прекращеніе юридическаго лица. — Судьба его имущества.

Мы искали выше аргументировать формальный характеръ образованія понятія цивильной *личности*. Мы остаемся въ той же области юридическаго формализма, когда установляемъ признаки ея *гражданской дѣеспособности*. Не только тамъ, гдѣ дѣеспособный субъектъ есть коллегія, союзъ, но и въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ дѣеспособнымъ является самъ человѣкъ, мы имѣемъ въ томъ, что называется *дѣяніемъ въ цивильномъ смыслѣ*, точнѣе, сдѣлкой, negotium juris, въ развитыхъ системахъ гражданскаго права, такое обиліе чисто формальныхъ элементовъ построенія, что ими нерѣдко совершенно заслоняются психическіе процессы, лежащіе

въ основѣ дѣянія.. Весь составъ понятія юридической сдѣлки можетъ, такимъ образомъ, представить собою одну *юридическую сущность*, до крайности удаленную отъ того, что мы называемъ движеніемъ или обнаруженіемъ воли въ смыслѣ психическаго явленія.

Здѣсь не у мѣста исчерпывать характерныя для понятія юридическаго дѣянія черты, о чемъ мы будемъ имѣть случай говорить въ спеціальномъ ученіи о юридической сдѣлкѣ впослѣдствіи; однако, различеніе существенныхъ для всякой юридической операціи свойствъ *формализма ея состава, въ отличіе отъ* простого, *природнаго побужденія воли*, намъ крайне важно имѣть въ виду уже здѣсь.

Остановимъ наше вниманіе на слѣдующихъ чертахъ. Мы не принимаемъ наличности *дѣянія* въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ, согласно нашимъ *формальнымъ* реквизитамъ, нѣтъ воли, нѣтъ надлежащей разсудительности, judicium et intellectus, хотя способность воли и сужденія, съ психической точки зрѣнія, лежитъ внѣ всякихъ сомнѣній. Таковы напр. лица, у коихъ хотя бы весьма немного не хватало до возраста совершеннолѣтія, когда эти лица хотятъ совершить обязывающую ихъ сдѣлку или выразить свою послѣднюю волю. Мы не даемъ юридическаго признанія актамъ воли вполнѣ явнымъ и безспорно доказаннымъ, если при ихъ совершеніи не соучаствовали обрядные свидѣтели [1]), публичные органы. Съ другой стороны, и прямо наоборотъ, мы даемъ всю силу волеизъявленію, въ коемъ отсутствуютъ самые необходимые, *для природнаго психическаго процесса*, элементы состава сдѣлки, основаніе, цѣль (causa) опредѣлившейся воли лица. Мы допускаемъ всю силу оторваннаго отъ этого натуральнаго состава актовъ воли волеизъявленія непонятнаго съ психической точки зрѣнія, односторонняго, и тѣмъ не менѣе въ области права вполнѣ эфективнаго, если только *формальная сторона волеизъявленія* не нарушаетъ границъ правоспособности даннаго субъекта. Такова латинская стипуляція, таковъ современный вексель. Обязываюсь, уплачиваю, и не квалифицирую этого акта ни какъ дареніе, ни какъ каузальную сдѣлку, разрѣшающую долгъ или

[1]) Ихъ соучастіе въ совершеніи сдѣлки, вырождающееся въ простой формальный реквизитъ ея наличности, представляетъ въ историческомъ процессѣ явленіе крайне важное для освѣщенія именно исторіи обособленія отдѣльнаго лица, его воли, его дѣеспособности, отъ союзной, ибо первоначально соучастіе свидѣтелей есть именно юридически-необходимое ихъ содѣйствіе, безъ коего отдѣльный человѣкъ можетъ хотѣть все что ему угодно, но юридически — совершить не способенъ ничего. Признаки соучастія какъ существенно необходимаго и расширяющаго силу сдѣлки, а не обряднаго только, мы увидимъ въ дальнѣйшемъ.

обосновывающую обязательство. Наконецъ, и тамъ, гдѣ не только можетъ и долженъ быть мотивъ и цѣль волеизъявленія, но гдѣ онъ прямо выраженъ, но *выраженъ ошибочно*, мы допускаемъ силу юридической сдѣлки, отбрасывая эти ошибочные моменты волеизъявленія и укрѣпляемъ эфектъ передачи права собственности безъ всякихъ внутреннихъ основаній, по одной силѣ формальнаго акта традиціи, чтобы послѣдующимъ процессомъ, обходнымъ путемъ устранить матерьяльно-несправедливыя послѣдствія этого формализма (L. 36 D. de a. r. d. 41. 1); тоже нынѣ въ актахъ вотчинной записи для такъ называемаго *безповоротнаго* укрѣпленія недвижимости за пріобрѣтателемъ. Наконецъ, силу внѣшняго акта волеизъявленія мы ограждаемъ, насколько это необходимо, и въ случаяхъ несомнѣннаго принужденія, прямо вопреки отсутствію подлинной свободной воли, по соображеніямъ необъяснимымъ внѣ условій юридическаго формализма, quia quamvis, *si liberum esset*, noluissem, tamen coactus volui (L. 21 § 5 D. quod. met. c. 4, 2).

Гдѣ же возможно демонстрировать больше загадочнаго, скрытаго, таинственнаго, какъ не въ этихъ явленіяхъ *воли, отрѣшенной отъ всѣхъ ея матерьяльныхъ основъ*, будто въ самомъ дѣлѣ безплотной, неземной! И между тѣмъ, всѣ эти юридическія операціи происходятъ вовсе не надъ фантомами или привидѣніями, какихъ хотятъ германисты видѣть въ конструкціи *юридическаго лица*, а на подлинныхъ, *кровныхъ* физическихъ лицахъ, съ которыми германисты мирятся совершенно охотно!

Разсчетъ въ указанныхъ нами операціяхъ, очевидно, сдѣланъ не на тѣ или другія лица, а на любыхъ, часто безъименно, вполнѣ такъ сказать, нелицепріятно, чисто формальнымъ методомъ, въ видахъ возможно вѣрнаго, надежнаго, постояннаго гражданскаго обмѣна, совершенно независимо отъ свойства субъектовъ, ихъ живыхъ особенностей, ихъ личныхъ потребностей и привычекъ, локальныхъ, иногда даже національныхъ, прямо въ цѣляхъ универсальнаго обмѣна, для всего культурнаго міра, въ интересахъ самаго широкаго общенія людей, а не для первобытныхъ потребностей роднаго существованія. Въ этомъ разгадка специфическаго, непонятнаго сразу строенія абстрактныхъ, формальныхъ, кажущихся столь *мало натуральными* юридическихъ формъ и обрядовъ волеизъявленія.

Совершенно также, какъ въ понятіи личности въ смыслѣ правоспособности, также въ личности со стороны ея дѣеспособности построенія наши заключаютъ въ себѣ массу элементовъ чистаго юридическаго формализма.

Мы дѣлаемъ только *шагъ дальше все въ той же области юридическаго формализма, когда конструируемъ понятіе гражданской дѣеспособности коллективныхъ единицъ*, когда присвоиваемъ способность оперировать въ сферѣ гражданскихъ правоотношеній на себя, на свое имя, союзамъ, лицамъ юридическимъ. Всѣ свойства и всѣ пріемы этой конструкціи настолько же важны, насколько трудны и контроверзны, и мы постараемся сколь можно сжато здѣсь же ихъ формулировать.

На вопросъ, *есть ли воля* у союзовъ, какъ она есть у отдѣльнаго человѣка, отвѣты юристовъ разныхъ системъ права и разныхъ эпохъ юриспруденціи не только неодинаковы, но и не близки одинъ къ другому.

Юристы классики [1]) и за ними масса писателей всѣхъ временъ и народовъ отвѣчаютъ на этотъ вопросъ безусловнымъ отрицаніемъ, не различая ни общихъ нормъ, ни какихъ либо отклоненій въ разное время и въ разныхъ системахъ.

Затѣмъ, въ этой группѣ учителей, идетъ рядъ расчлененныхъ вопросовъ изъ той области проблемъ, которыя болѣе или менѣе тѣсно связаны съ этимъ такъ сказать преюдиціальнымъ для нихъ вопросомъ *о волѣ* юридическаго лица. Могутъ ли союзы владѣть? Юлій Павелъ отвѣчаетъ: municipes *per se* nihil possidere possunt, quia universi consentire non possunt... Дѣйствителенъ ли заемъ, сдѣланный союзомъ? Ульпіанъ думаетъ— самъ по себѣ нѣтъ, ибо должаютъ только тѣ, qui contraxerunt, non civitas, стало быть, въ данномъ случаѣ, должниками имѣютъ стать тѣ, кто дѣйствовалъ именемъ союза, кто занялъ деньги. И такъ, можно поставить рядъ вопросовъ, и вездѣ, силой простой послѣдовательности, получится одинъ итогъ: *нѣтъ воли, нѣтъ дѣеспособности, нѣтъ сдѣлки, нѣтъ права, нѣтъ отвѣтственности...*

Но тогда, для какой же цѣли созданы юридическія лица? Есть ли подобное этому явленію другое въ юридическомъ быту, гдѣ тоже были бы права, и у ихъ субъекта не было бы дѣеспособности, направленной къ ихъ осуществленію, къ роли вѣрителя, должника, истца, отвѣтчика? Нѣкоторое подобіе этому явленію даютъ намъ дѣти, умалишенные, ибо у нихъ тоже нѣтъ *своей* воли. Но для людей это состояніе есть или преходящее, или случайное. Для союзовъ отсутствіе своей воли и всѣхъ кон-

[1]) Есть мнѣніе, что и тамъ, не только въ предшествующія эпохи, но и въ позднѣйшее время, этотъ вопросъ былъ весьма контроверзнымъ: см. небольшую работу русскаго юриста, публикованную на нѣмецкомъ языкѣ Die Deliktsfähigkeit der Gemeinde von Alexander. v. Kriwzow. Berlin. 1894.

секвенцій, истекающихъ отсюда для ихъ гражданскаго состоянія, остается неизмѣннымъ навсегда. Какой же отсюда выходъ? Въ классической системѣ онъ есть совершенно простой, и латинскіе юрисконсульты не требовали ничего лучшаго. Корпорація не имѣетъ *своей* воли, но *ей можетъ принадлежать волеспособное существо*, у коего всѣ его человѣческія способности должны, въ юридическомъ смыслѣ, служить средствомъ для чужихъ цѣлей, для цѣлей его господина, кто бы онъ ни былъ, отдѣльный человѣкъ или коллегія, universitas, corpus. Если коллегія не владѣетъ per se, зато она дѣеспособна *per servum*; рабъ есть постоянный органъ ея интересовъ въ вопросахъ владѣнія, въ задачахъ завладѣнія, въ процессѣ узукапіонномъ, для совершенія манципаціоннаго обряда и стипуляціи [1]). Сверхъ того, если корпорація не можетъ сама себя обязывать, то деньги, занятыя для нея чрезъ посредство людей, входящихъ въ ея составъ, все же становятся ея деньгами, и корпорація не актомъ ихъ воли, а *черезъ вещь*, re, становится въ положеніе должника... Разъ есть искомый эфектъ налицо, какъ вопросъ, чѣмъ онъ вызванъ, не устраняетъ въ практикѣ достоинства результата. Понемногу латинская мысль стала свыкаться съ представленіемъ дѣеспособности союзной, развивающейся независимо отъ отсутствія *своей естественной воли*. Какимъ бы орудіемъ ни достигалось восполненіе недостатка натуральной воли у союза, средство стали разсматривать какъ формально безупречное, если только оно вело къ достовѣрному, постоянному, надежному имущественному обмѣну въ кругу лицъ, физическихъ или юридическихъ, признаваемыхъ цивильно-правоспособными. Нужды нѣтъ, что волеизъявленія перестали совершаться per servum только, или только re, а совершаются уже per liberam personam. Необходимо одно, *чтобъ эти свободныя лица входили въ составъ союза такъ, какъ входятъ въ составъ цѣлаго его части*, еще вѣрнѣе—создающіе это цѣлое атомы (см. выше текстъ Алфена).

Тогда эти волеспособные члены образуютъ *не просто представительство союза, не извнѣ привходящую волеспособность, а изъ его же состава образованное орудіе*, помощью коего союзъ достигаетъ всѣхъ своихъ цивильныхъ цѣлей. Если между сочленами нѣтъ единства мнѣній, выходъ диктуетъ та же мѣрка *формальнаго опредѣленія общей воли*, какую мы встрѣчаемъ въ массѣ случаевъ, гдѣ нужно опредѣленіе превосходства одного передъ другимъ, превосходство возраста, количества истекшаго времени,

[1]) Савиньи, System, III стр. 22 пр. a.

превосходства численнаго. Отсюда—если нѣтъ единства воли членовъ, тогда refertur ad universos quod publice fit per majorem partem (L. 160 §. D. de R. I.).

Но идя такъ ходко по пути устраненія въ отдѣльныхъ практическихъ случаяхъ всѣхъ неудобствъ недостатка естественной волеспособности у юридическаго лица, не должна ли была классическая юриспруденція придти въ результатѣ къ полному устраненію этого недостатка и къ признанію у союза въ принципѣ той же воли, какая есть у людей?

Тогда долженъ былъ самъ собою возникнуть вопросъ, гдѣ-жъ предѣлъ этой дѣеспособности? Не способна ли корпораціи и къ злой волѣ, къ delict'у. И этотъ вопросъ возникалъ дѣйствительно. Ульпіанъ свидѣтельствуетъ намъ, что практики уже и въ ту пору спрашивали, не слѣдуетъ ли союзу вмѣнять dolus его членовъ или органовъ его управленія? Еслибы на этотъ вопросъ послѣдовалъ утвердительный отвѣтъ, то нѣтъ сомнѣнія, дѣеспособность цивильная юридическаго лица совершенно сравнялась бы съ его волеспособностью. Но *отвѣтъ былъ прямо противоположный.* Какъ бы далеко ни шло развитіе цивильной дѣеспособности союза, классическая юриспруденція въ принципѣ всегда отвергала въ немъ отдѣльную отъ членовъ волеспособность, на которой возможно основать вмѣненіе союзу, а не людямъ его образующимъ. Ульпіанъ дѣйствительно безъ колебанія говоритъ намъ, что корпорація обязана возмѣстить все, что къ ней пришло вслѣдствіе обманныхъ дѣйствій ея управителей, но отвѣтственность за dolus падаетъ всегда и безраздѣльно на членовъ, а не на муниципію. Такова латинская конструкція союзной дѣеспособности, возмѣщающая недостатокъ отдѣльной волеспособности союза формальной переработкой волеизъявленій членовъ союза въ дѣянія самой корпораціи въ узкихъ и точныхъ предѣлахъ потребностей цивильнаго обмѣна.

Мы видѣли выше, что тамъ, гдѣ задача личности поставлена была въ настоящее время на ту же высоту обособленнаго цивильноличнаго существованія, латинская конструкція ожила, въ ученіи папы Иннокентія IV, со всѣми чертами *формально дѣеспособнаго, но не волеспособнаго за предѣломъ цивильныхъ цѣлей субъекта.* Въ половинѣ XIII вѣка новой эры строеніе понятія личности не въ цѣляхъ временныхъ, локальныхъ, для людей этого круга, случайныхъ и не чисто цивильныхъ, а въ цѣляхъ именно чисто цивильныхъ, универсальныхъ и постоянныхъ, должно было дать тотъ же результатъ, какой мы видѣли въ классической системѣ. Но мы уже указывали прежде, что такая высокая постановка

задачъ ученія далеко не отвѣчала духу времени, господствующему въ эту пору типу правоотношеній не чисто цивильныхъ, обиловавшихъ партикуляризмами, слишкомъ близко воплощавшихъ интересы розные своихъ сочленовъ. Въ этихъ условіяхъ должно было опредѣлиться новое теченіе въ той же области вопросовъ, и на мѣсто классической доктрины дѣйствительно образуется ученіе Бартола, прямо ей противоположное.

Оба направленія мыслей и обѣ несходныя конструкціи шли долгое время рядомъ, оспаривая одна у другой господство и достигая лишь по временамъ одна надъ другой преобладанія и то не надолго, не во всей сферѣ подходящихъ сюда вопросовъ, пока, наконецъ, въ первой половинѣ текущаго столѣтія ученіямъ классиковъ не далъ новаго и рѣшительнаго торжества, какъ чисто разумнымъ, универсальнымъ началамъ подлинно цивильной современной системы, Ф. К. Савиньи. Намъ нечего повторять его ученіе, ибо оно было и оставалось до сего времени несомнѣнно господствующимъ вездѣ, гдѣ научнымъ образомъ разработывалось гражданское право не для тѣснаго и спеціальнаго, а для универсальнаго примѣненія, какъ система права общаго.

И такъ, въ ученіи Савиньи всѣ тѣ же классическія основы полнаго обособленія правоотношеній цѣлаго отъ частей и, съ другой стороны, отрицаніе отдѣльной волеспособности, особенно деликтоспособности союза, при совершенно ясномъ возмѣщеніи недостатка натуральной психической волеспособности формальной дѣятельностью союза посредствомъ входящихъ въ его составъ волеспособныхъ органовъ.

Для освѣщенія строя этихъ идей возьмемъ два пункта ученія, выраженныхъ самимъ его творцомъ. И такъ, есть ли воля у юридическаго лица? спрашиваетъ Савиньи, послѣ обширной штудіи по этому предмету, и вотъ отвѣтъ: Endlich sind alle juristische Personen *ihrer Natur nach* und für immer handlungsunfähig (Syst. III, стр. 88). Что значитъ сказать это (курсивъ въ его текстѣ нашъ)? Это значитъ сказать, что у нихъ нѣтъ, *по природѣ*, своей воли, своего *особаго* психическаго процесса, дѣеспособности per se; но затѣмъ, въ предѣлахъ своей цивильной правоспособности они, juris interpretatione, совершаютъ рѣшительно все, что совершаютъ физическія лица (Савиньи, System, §§ 90 и 96).

Принципъ одинъ у Ульпіана, у Иннокентія IV, у Савиньи.

Возьмемъ еще характерный вопросъ изъ этой контроверзной области. Доступны ли *обидѣ* юридическія лица, оскорбленію ихъ? Повидимому, здѣсь именно необходимъ моментъ вну-

тренней воспріимчивости?... Гдѣ же этотъ психическій процессъ у юридическаго лица? Отвѣтъ *Савиньи*: понятіе оскорбленія вполнѣ приложимо къ юридическому лицу, ибо injuria является намъ связанной вовсе не непремѣнно съ *затронутымъ чувствомъ*, а именно съ затронутой личностью (da die injuria nur an die verletzte Persönlichkeit, nicht gerade an die verletzte Empfindung geknüpft ist, II, стр. 313) [1]).

Но слѣдуетъ ли, однако, намъ, для современнаго примѣненія, остановиться на этихъ основахъ классической конструкціи, недопуская никакихъ отступленій не только въ общемъ, но даже въ частностяхъ примѣненія латинскаго принципа? Откуда могли въ свое время взяться совершенно противоположныя классическимъ основамъ ученія Бартола? На чемъ могутъ держаться и гдѣ ищутъ себѣ базы современныя конструкціи германистовъ?

Мы видѣли выше, что въ практикѣ современнаго союзнаго права возможно различить двоякаго типа построеніе юридическихъ отношеній союза къ сочленамъ. Есть такія конструкціи, гдѣ обособленіе сферы правоспособности союзной и сочленской есть абсолютное, проводимое съ такой-же окончанностью, какъ въ латинской системѣ. Къ союзамъ этого типа, безъ всякаго сомнѣнія, *могутъ быть* приложены тѣ же ученія латинскаго корня о дѣеспособности, какія были сейчасъ нами указаны, *если этому не помѣшаютъ для вопроса объ отвѣтственности по деликтамъ нѣкоторыя отличныя въ современномъ правѣ начала вмѣненія.*

Но вѣдь не одного этого типа союзы извѣстны въ практикѣ средневѣкового и современнаго союзнаго быта. Не всѣ союзныя формы являются намъ построенными на началѣ *полнаго отрѣшенія* отъ того, кто сочлены союза, на формальномъ безразличіи состава корпораціи для ея цивильной личности. Не вездѣ и не всегда союзы носятъ по своему построенію типъ универсальныхъ и чисто цивильныхъ задачъ, поставленныхъ выше тѣхъ или другихъ мѣстныхъ, мелкихъ, исключительныхъ, приноровленныхъ иногда къ очень невысокому уровню и къ тѣсному кругу интересовъ. Въ этихъ случаяхъ, нѣтъ сомнѣнія, мы спускаемся изъ сферы всесвѣтныхъ интересовъ, денежныхъ, капиталистическихъ, къ потребностямъ людей нуждающихся; союзъ перестаетъ быть абстрактнымъ, безъименнымъ, и дѣлаетъ, по своему составу, шагъ ближе къ именному, личному товариществу. Тутъ всѣ ближе

---

[1]) Савиньи аргументируетъ здѣсь противъ заключенія отъ допущенія обиды къ наличности особаго внутренняго психическаго процесса у юридич. лица.

другъ къ другу. Союзная дѣеспособность будетъ здѣсь выше, чѣмъ дѣеспособность отдѣльнаго человѣка. Для нея также необходима организація, формы волеизъявленія, указанныя статутомъ, общее собраніе, правленіе, большинство голосовъ; но все это неизмѣримо ближе къ дестинатаріямъ, къ самимъ соучастникамъ и заинтересованнымъ. Воля союза и воля этихъ сочленовъ тѣснѣе соприкасаются. Отвѣтственность не можетъ быть строго обособлена, долозныя дѣйствія правленія ближе подходятъ къ обманному настроенію всей компаніи, а если, съ одной стороны, за долги союза могутъ быть привлечены къ отвѣту товарищи, то и за дѣйствія или бездѣйствія, особенно долозныя, органовъ управленія, несомнѣнно, правильно будетъ въ этихъ сочетаніяхъ допустить отвѣтственность не однихъ прямыхъ виновниковъ, а также и весь союзъ, и не въ мѣрѣ только его обогащенія, какъ въ латинской universitas, а въ мѣрѣ его рессурсовъ и болѣе или менѣе *явной виновности органовъ* его дѣеспособности.

Это одна сторона дѣла. Характеръ и составъ союза даетъ основу для иной постановки вопроса объ отвѣтственности союза за его органы, чѣмъ въ латинской системѣ. Но, на ряду съ этимъ, идетъ и другая сторона дѣла. Это нѣкоторыя *существенныя отклоненія* нашихъ системъ отъ латинской *въ вопросахъ вмѣненія*. Совершенно такъ, какъ отъ наличности оскорбленія нѣкоторые ученые приходили къ заключенію, что у оскорбленнаго должно быть *чувство* чести, также отъ наличности вмѣненія многіе заключали къ наличности *воли* у вмѣняемаго. Это методъ, характерный не только для конструкціи средневѣковыхъ писателей, но и для новѣйшихъ учителей школы германистовъ, и намъ надо хотя бы кратко остановить наше вниманіе на воззрѣніяхъ тѣхъ и другихъ въ данномъ вопросѣ, чтобы правильно понять, въ какомъ основномъ пунктѣ и почему такъ далеко расходятся представители разныхъ системъ и разныхъ эпохъ въ конструкціи всего ученія о юридическомъ лицѣ и о его волеспособности въ особенности.

Ученіе Бартола мы очертили выше. Его конструкція несравненно болѣе соотвѣтствовала и вѣрованіямъ того времени, и особенностямъ тогдашней практики, чѣмъ юридическій формализмъ латинской мысли, воскресшій въ построеніяхъ Иннокентія IV. Начнемъ съ характеристики *вмѣненія* въ ту пору. Есть ли это та самая *imputatio interna*, чисто субъективный масштабъ вмѣненія, который, въ связи съ могучимъ сознаніемъ личности, создала римская мысль? Въ этой латинской конструкціи — не можетъ быть вмѣненія, если нѣтъ *субъективнаго момента ви-*

новости, момента воли въ лицѣ обвиняемаго. Такъ ли это въ системѣ новаго права?

Вопросъ принадлежитъ къ числу чрезвычайно любопытныхъ и хорошо разработанныхъ въ западной юридической литературѣ [1]). Вмѣненіе въ старомъ сознаніи, котораго весьма ясные слѣды удерживаются и нынѣ in multis articulis juris, не связано не только съ внутреннимъ моментомъ виновной воли человѣка, но *не ставится ни въ какую связь съ вопросами воли вообще* и рѣшается по признакамъ одной механической связи несчастнаго случая съ вещью, составлявшей причину этого событія, а затѣмъ уже и съ лицами. Это любопытное явленіе въ исторіи человѣческаго сознанія, способное освѣтить многое и въ исторіи права. Геппъ терпѣливо слѣдитъ за этими явленіями, начиная съ греческой исторіи, гдѣ допускается признаніе *виновности вещей* въ причиненіи вреда, за что отвѣтственность падаетъ на самыя вредоносныя вещи, и онѣ должны быть брошены въ море. Балка, которою при паденіи былъ убитъ человѣкъ, должна быть выдана роднѣ убитаго. Тотъ, кто позволилъ бы себѣ воспользоваться подобной вещью въ своихъ интересахъ, ввести, скажемъ, въ постройку, того разсматривали какъ соучастника и присуждали къ выдачѣ не только вредоноснаго предмета, но и самаго строенія [2]). Еще шире развивается примѣненіе карательныхъ

---

[1]) Вы имѣете указаніе на него въ вашемъ историко-юридическомъ курсѣ въ книгѣ профессора Сергѣевича „Лекціи и изслѣдованія по исторіи русскаго права“ 1883 г., стр. 436 и слѣд. Кромѣ названныхъ тамъ писателей нынѣ важно имѣть въ виду работы Amira (въ 1891 г. новая его работа Thierstrafen u. Thierprocesse), Бруннера и друг., указанія на которыя найдете у этихъ писателей. Всѣ эти ученыя изысканія важны, конечно, при спеціальныхъ историческихъ изслѣдованіяхъ. Мы остановимъ здѣсь вниманіе особенно на нѣкоторыхъ историческихъ трудахъ Бруннера и на забытой, хотя весьма хорошей собственно цивилистической работѣ д-ра Ferd. Hepp'a, давно умершаго талантливаго тюбингенскаго профессора: Die Zurechnung auf dem Gebiete des Civilrechts, insbesondere die Lehre v. d. Unglücksfällen nach den Grundsätz. d. römisch. u. deutsch. R. u. d. neuer. Legislat. 1838 г. (книгу не легко найти въ продажѣ даже въ Германіи).

[2]) См. Brunner'a Forschungen z. Geschichte d. deutsch. u. französ. Rechtes, 1894 г. гдѣ перепечатана масса его мелкихъ работъ, въ свое время публиковавныхъ въ разныхъ изданіяхъ. Для указанныхъ случаевъ стр. 521 Forschung. (прежде публиковано въ Sitz. berichte der Berl. Akad. 1890, S. 815 и слѣд.). Мы здѣсь вовсе не беремъ на себя не только исчерпать этой интересной и важной проблемы, но даже сколько-нибудь приблизиться къ ней, касаясь ея только въ той мѣрѣ, въ какой намъ нельзя ее обойти. См. въ томъ же изданіи крайне цѣнное изслѣдованіе элементовъ формализма въ старомъ французскомъ процессѣ Die fränkisch-romanische Urkunde, а также Wort u. Form im altfranz. Process. Чтеніе это для насъ полезно тѣмъ, что можетъ нерѣдко навести на соображенія важныя для исторіи русскаго права, не всегда освѣщенной такъ хорошо какъ тѣ же явленія на западѣ. Для *стараго* латинскаго права тотъ же вопросъ освѣщаетъ особенно Pernice, Labeo, II, стр. 243, гдѣ тоже небрежность не отграничивается отъ случая. Нерѣдко тѣмъ самымъ вещамъ, которыя выводятся изъ оборота какъ зловредныя, приписывается цѣ-

мѣръ къ звѣрямъ и животнымъ, виновнымъ въ нанесеніи вреда, особенно смерти. Медвѣдь объявляется friedlos, и за его истребленіе полагается награда какъ иной разъ за поимку лихихъ людей (Бруннеръ, стр. 516). Также friedlos объявляется скотъ, кони, псы, кошки, отъ коихъ послѣдовало злое дѣло. Хозяинъ строго отвѣтитъ, если дастъ кормъ или напоитъ такое животное, ровно такъ, какъ бы за пріютъ преступнику, объявленному внѣ закона. Вредоносное животное должно быть выдано потерпѣвшему, чтобы онъ могъ дать исходъ своему чувству мести (516). Французскіе кутюмные источники даютъ любопытные образцы переходныхъ мѣръ отъ очень жестокаго примѣненія этихъ воззрѣній, которымъ судья не всегда имѣетъ слѣдовать selon la rigueur de droit. (cout. de Beauvoisis), къ болѣе мягкому воззрѣнію. Однако и у Boutiller въ его Somme rurale встрѣчаются приговоры надъ животными à mort et en exil (494) [1]).

Сдѣлаемъ шагъ ближе къ нашей цѣли, въ область вопросовъ вмѣненія тамъ, гдѣ хотя нѣтъ воли въ смыслѣ дѣеспособности юридической, но *можетъ* быть воля въ смыслѣ явленія психическаго, и гдѣ ея проявленіе есть лишь неразсчитанное, не руководимое разсудкомъ, словомъ, гдѣ у римлянъ нѣтъ capacitas doli. Если нѣтъ способности злого направленія воли, какъ у дитяти, у безумнаго, тогда, натурально, при методѣ вмѣненія внутренняго, imputatio interna, не можетъ и не должно быть отвѣтственности. Въ вопросахъ о вознагражденіи вреда, причиненнаго дѣтьми, умалишенными, единственный критерій вмѣненія касается не ихъ, а отвѣтственныхъ за надзоръ за ними родителей, опекуновъ и проч. Все остальное представитъ собою простую случайность, casus.

лебная сила (Бруннеръ тамъ же, стр. 521). Иногда полагается срокъ, послѣ коего вредоносная вещь можетъ быть взята хозяиномъ безнаказанно къ себѣ (30 ночей, стр. 592). Бруннеръ обращаетъ вниманіе на удержавшійся до нашихъ дней (переживши паръ) взглядъ англійскихъ моряковъ на злое свойство вещей причинившихъ морскія аваріи (ихъ называютъ deodand). У насъ, конечно, можно сдѣлать бездну наблюденій такого же рода. Частью у Якушкина встрѣчаются въ его „Обычномъ правѣ“ указанія на подобныя явленія. Однако, матеріалъ не только живой, но ниже письменный (лѣтописный, особенно тоже частью въ памятникахъ юридическихъ и въ „Полномъ Собраніи Законовъ“) далеко не исчерпанъ.

[1]) Brunner говоритъ, что въ древне-германскомъ правѣ, которому нечуждо различіе дѣянія волевого и невольнаго, разумѣется подъ an gevaere, ohngefähr, частью нашъ casus, частью небрежность, ибо чистый casus не соотвѣтствуетъ пантеистическому воззрѣнію языческой эпохи. Слѣды того же видны у грековъ и римлянъ (Labeo, Pernice, II, 243). Ohngefähr есть то же что non volens, nolens, casus, negligentia; у французовъ — mesaventure, mescheance, meschief, перешедшее въ Англію (499).

Такъ ли это, однако, тамъ, гдѣ мѣра вмѣненія не есть внутренняя, субъективная, а внѣшняя, наружная, объективная, гдѣ le fait juge l'homme?

Обратимся къ свидѣтельствамъ юридическихъ памятниковъ.

Старѣйшіе законные сборники на западѣ, несомнѣнно свободные отъ римскихъ вліяній, открываютъ намъ точку зрѣнія прямо противоположную господствующей въ правѣ римскомъ. Законъ салическій говоритъ, что дитя моложе 12-ти лѣтняго возраста, въ случаѣ причиненія имъ вреда, имѣетъ быть присуждено къ денежному вознагражденію потерпѣвшаго. Это и есть та именно гражданская отвѣтственность, compositio, которая строго различается отъ другого элемента, чисто карательнаго, fredum, коему не подлежитъ невмѣняемый [1]). Много вѣковъ спустя Саксонское Зерцало повторяетъ то же положеніе. Если дитя причинитъ смерть человѣку или иначе нанесетъ ему вредъ, то опекунъ обязанъ возмѣстить вредъ и убытокъ потерпѣвшему изъ собственнаго имущества дитяти (Кн. 2, арт. 65). Той же отвѣтственности подлежитъ и умалишенный, при чемъ наказанію такіе невмѣняемые не подвергаются (кн. 3, арт. 3). Глосса къ Зерцалу добавляетъ, что это—мѣра отвѣтственности для дѣтей не имѣющихъ разсудительности и поступающихъ безъ намѣренія и воли (Нерр, стр. 120). За этими нормами средневѣковые памятники открываютъ намъ цѣлую массу буквально такихъ или подобныхъ воззрѣній (тамъ же, дальше).

На чемъ практически могла бы держаться такая оцѣнка невмѣняемаго дѣянія, столь отдаленная и отъ латинской и отъ преобладающей нынѣ точки зрѣнія? Объясненій, конечно, можно придумать массу. Августъ Тонъ полагаетъ, что основу отвѣтственности дѣтей и безумныхъ слѣдуетъ искать въ томъ, что императивы закона, ими нарушеннаго, обращены къ людямъ вообще, и что по отношенію къ дѣтямъ и умалишеннымъ нельзя принимать такихъ мѣръ предотвращенія или обороны, которыя допустимы по отношенію къ животнымъ Объясненіе, быть можетъ, и прекрасное, но слишкомъ глубокое, чтобы указать мотивъ законоположеній, принадлежащихъ по своему происхожденію эпохѣ весьма наивнаго міровоззрѣнія. Проще и соотвѣтственнѣе условіямъ эпохи другое объясненіе, которое состоитъ въ томъ, что ущербъ и убытокъ, который приходится терпѣть отъ дѣйствія неразумнаго существа, составляетъ, конечно, слу-

[1]) Нерр. стр. 119 Lex Salica tit. 28 § 6, тоже lex Frision. Add. Tit. 3 § 70: similiter et puer, qui nondum duodecim annos habet, si cuilibet vulnus intulerit, in simplo componat.

чайность, но орудіемъ этой случайности послужилъ человѣкъ, обладающій своимъ имуществомъ, и *при отсутствіи внутренняго критерія* виновности, нѣтъ основанія имущественныя невыгоды отъ этого случая возлагать на пострадавшаго, а не на невольное орудіе зла.

Изъ этого небольшого экскурса, освѣщающаго намъ совершенно иныя начала вмѣненія въ средневѣковую эпоху, чѣмъ въ латинской системѣ, несомнѣнно ясно, что тутъ нѣтъ никакой надобности въ *натуральной волеспособности* субъекта для того, чтобъ подвергнуть его отвѣтственности въ предѣлахъ нанесеннаго имъ вреда чужому лицу или имуществу, совершенно независимо отъ того, хотѣлъ ли онъ нанести этотъ вредъ, или у него не было никакого разумѣнія, никакой волеспособности. Разъ мы видимъ этотъ критерій внѣшняго вмѣненія примѣненнымъ къ физическимъ лицамъ, къ людямъ, что можетъ быть естественнѣе встрѣтиться съ его примѣненіемъ и къ союзамъ?

Это и была та проблема, которая такъ тревожила средневѣковую юриспруденцію.

Возможна ли злая воля для корпораціи? Возможно ли вмѣненіе ей, какъ возможно вмѣненіе человѣку? Это вопросъ, который, какъ мы видѣли выше, всталъ передъ мыслью схоластической философіи, какъ одна изъ самыхъ трудныхъ и, однако, требующихъ тотчасъ отвѣта задачъ юриспруденціи. Взглядъ Иннокентія IV былъ чисто классическимъ, но мало отвѣчавшимъ міровоззрѣнію эпохи. Бартолъ не могъ вполнѣ отрѣшиться отъ латинскаго міровоззрѣнія и стать на чисто варварскую точку зрѣнія. Для вмѣненія ему все-таки оказался нуженъ внутренній моментъ, моментъ воли. И онъ создаетъ его изъ элементовъ тогдашняго религіознаго міровоззрѣнія и отвѣчаетъ, что корпорація должна отвѣчать за причиненное ею зло, ибо она воле- и дѣеспособна, какъ и отдѣльный человѣкъ. Основа конструкціи оказалась даже шире, чѣмъ требовала практика, и корпорація провозглашена способною отвѣчать не только за тѣ убытки, которые причинены злой волею ея членовъ, орудій ея воли, но и за ихъ преступныя побужденія. Нездоровый элементъ этого мистицизма въ правѣ отпалъ скоро, оставшись благодарной темой для школьныхъ диспутовъ. Но тотъ, хотя грубый, но здравый элементъ конструкціи, который сказывался въ теченіяхъ кутюмнаго права, всегда шедшихъ на ряду съ рецепціей латинской системы, пересилилъ схоластику и удержался въ нѣкоторыхъ современныхъ системахъ, какъ подлинный остатокъ своеобычныхъ воззрѣній новыхъ народовъ. Собственно мѣсто ему должно быть ограни-

ченное, въ примѣненіи къ союзамъ не латинскаго, а новаго типа, соотвѣтствующаго строенію невполнѣ обособленной личности, юридической и физической, въ современныхъ системахъ. Но кутюмныя воззрѣнія нашли себѣ нѣкоторое примѣненіе въ предѣлахъ болѣе широкихъ, тамъ именно, гдѣ союзы по своему строенію представляютъ собою типы, соотвѣтствующіе латинской universitas.

Возьмемъ примѣры изъ современныхъ кодексовъ. Code civil для этого неудобенъ, ибо приближается къ латинскому критерію внутренняго вмѣненія при взысканіи за вредъ и убытки [1]). Въ нѣмецкихъ много отклоненій. И вотъ образецъ такового въ системѣ прусскаго ландрехта. Намъ придется и здѣсь пользоваться аналогіей съ принципами отвѣтственности невмѣняемыхъ (дѣтей и умалишенныхъ), которые, однако, послѣдовательно должны быть примѣняемы и къ союзамъ. Прусскій ландрехтъ опредѣляетъ: вредъ, который наносятъ умалишенные или идіоты, а также дѣти моложе семи лѣтъ, имѣетъ быть возмѣщенъ изъ ихъ имущества, предполагая, что опекуны и обязанные за дѣтьми надзоромъ ни въ чемъ не виновны въ данномъ случаѣ (Th. 1, tit. 6, §§ 41, 42, 45), причемъ, однако, надлежитъ имѣть въ виду, по началамъ справедливости, средства необходимыя для содержанія и воспитанія невмѣняемаго отвѣтчика (Nepp. § 25). При этомъ, однако, спрашивается, выдержанъ ли этотъ критерій вмѣненія по отношенію къ лицамъ, кои не суть безусловно невмѣняемыя, въ томъ же законодательствѣ? Нерр не безъ сокрушенія заявляетъ, что нѣтъ, ибо въ случаяхъ, гдѣ совершенное дѣяніе было непроизвольнымъ, вмѣненіе и имущественная отвѣтственность за вредъ не должна имѣть мѣсто, какъ при событіи случайномъ. И эти два столь явно несогласованныя мѣрила вмѣненія встрѣчаются не только въ одной законной книгѣ, но въ одномъ и томъ же ея титулѣ (Th. 1, tit. 6, §§ 4 и 39). Это очень тревожитъ Нерр'а и онъ находитъ такую среднюю систему, гдѣ не выдержаны послѣдовательно ни принципы аквиліева закона, ни начала германской imputatio externa, не примиреніемъ началъ, а настоящей juristisches Unding (187). Что сказать по этому поводу? „Геніальный творецъ“ Ландрехта передалъ намъ то право или вѣрнѣе тѣ *два теченія*, которыя онъ видѣлъ ясно въ практикѣ. Мы не поставимъ ему этого, конечно, въ вину.

---

[1]) Въ подробности вопросъ опять будетъ насъ занимать въ другихъ частяхъ системы, особенно въ ученіи объ имущественной отвѣтственности независимой отъ договорныхъ основаній.

Возможно ли, при этой двойственности началъ, найти какое-либо постоянство въ практикѣ не по вопросу только о вмѣненіи людямъ, но и по занимающей насъ здѣсь проблемѣ о вмѣненіи союзамъ, юридическимъ лицамъ? Оставляя пока въ сторонѣ наши соображенія, мы остановимся на дальнѣйшемъ движеніи нѣмецкой литературы и законодательства въ данномъ вопросѣ.

Нѣтъ никакого сомнѣнія, что задача германистовъ создать свое цѣльное правовоззрѣніе на мѣсто этой двойственности достаточно мотивирована трудностями практическаго примѣненія взаимно-исключающихъ принциповъ. Въ рядахъ германистовъ именно Гирке поставилъ себѣ самую смѣлую и гордую задачу найти не то, что есть, а что должно стать взамѣнъ теперешняго неудовлетворительнаго состоянія практики. И вотъ, въ своей Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtssprechung онъ намъ даетъ свой отвѣтъ. Его собственно занимаетъ не вообще вмѣненіе, а вмѣненіе союзамъ дѣйствій, производимыхъ ихъ органами, или какъ онъ думаетъ—ими самими.

Задачу свою онъ ставитъ такъ, чтобы отвѣтъ получился въ духѣ современной нѣмецкой практики, т.-е. въ направленіи расширенія союзной отвѣтственности, но, однако, не на основѣ внѣшняго вмѣненія, а *на основѣ вмѣненія внутренняго*, которое хотя и не есть нѣмецкое, но не менѣе того высококультурное... Если онъ достигнетъ такого результата, тогда разомъ будетъ устранена та двойственность началъ, коей признаки мы указали въ прусскомъ ландрехтѣ и которые изобилуютъ въ практикѣ.

Но какъ подойти къ этой задачѣ?

Фикціи онъ не хочетъ, ни въ духѣ ученія Савиньи, хотя Савиньи и не фингируетъ воли у союзовъ, ни въ духѣ конструкціи Бартола, которая не будетъ своевременной.

Къ чему-жъ приходитъ Гирке? — Къ результату совершенно невозможному... Вмѣсто идеальной или формальной воли, онъ хочетъ *реальной воли*, въ этомъ смыслѣ *подлинной*, которая совершитъ для юридическаго лица все, что для отдѣльнаго человѣка даетъ его внутренняя психическая жизнь, и эту союзную подлинную волю онъ образуетъ *изъ частицъ воли людей, входящихъ въ составъ союза*...

Такимъ образомъ, у Гирке было бы все что требуется, и высококультурная основа вмѣненія, и ширина имущественной отвѣтственности союза, его самобытность, его мощь, и торжество соціальнаго принципа надъ индивидуальнымъ, еслибы прежде всего и яснѣе всего не оказалась въ рукахъ величайшая нелѣпость, ein psychologisches Unding, какой-то сшивокъ изъ чужихъ воль,

который и долженъ лечь въ основу всей конструкціи, тогда какъ собственно подобныя изобрѣтенія ни для какой основы, ни для какихъ цѣлей пригодными быть не могутъ, ибо представляютъ собою нѣчто несуществующее и немыслимое.

Второе чтеніе нѣмецкаго законопроекта вовсе не отказывается отъ допущенія отвѣтственности, конечно, только имущественной, тамъ, гдѣ латинская система, съ ея внутреннимъ критеріемъ вмѣненія, не могла ея допустить. Нѣтъ сомнѣнія, однако, что въ этомъ пунктѣ, какъ и въ вопросѣ о возникновеніи союзной личности, авторы проекта очень далеки отъ признанія германистскихъ ученій. Вся основа этого новаго положенія лежитъ *въ кутюмномъ правѣ*. Статья проекта, устанавливающая отвѣтственность союза за дѣйствія агентовъ, выражена весьма общимъ образомъ. Союзъ отвѣчаетъ за вредъ нанесенный третьему такими обязывающими къ вознагражденію дѣйствіями его управленія (Vorstand), отдѣльнаго его члена, или законно къ тому призваннаго замѣстителя, которыя произведены имъ при исполненіи возложенныхъ на него должностныхъ отправленій (теперь см. 31 Имп. Гр. Ул.). И такъ, нѣтъ латинскаго ограниченія мѣрой обогащенія союза, и самый критерій вмѣненія и взысканія съ союза есть тотъ же, которымъ опредѣляется отвѣтственность виновнаго человѣка. Это строго проведенное начало соотвѣтствія въ составѣ понятія цивильной личности, ея правъ и ея обязанностей, независимое отъ того, кто облеченъ этимъ свойствомъ обособленной цивильной личности, отдѣльно взятый человѣкъ или союзъ людей, лицо физическое или юридическое.

Этого мало. Новый законъ, при опредѣленіи *мѣры отвѣтственности* за вредъ и убытки, независимо отъ устраненія латинскаго критерія, и по чисто кутюмному принципу *объективнаго вмѣненія*, предписываетъ опредѣлять мѣру отвѣтственности нанесшаго вредъ, когда ему не можетъ быть вмѣнена ни небрежность и преднамѣренность (рѣчь идетъ о недостигшихъ семи и объ incapacitas doli для лицъ отъ 7 до 18-лѣтняго возраста), *согласно справедливости*, смотря по обстоятельствамъ даннаго случая, насколько вознагражденіе вреда необходимо и таковое не лишаетъ отвѣтственное лицо необходимыхъ для него средствъ (§ 752. Вт. чт. и 829 Имп. Гр. Улож.).

IV. Намъ остается сказать нѣсколько словъ по вопросу *о прекращеніи* союзной личности. Это наименѣе кропотливая сторона конструкціи, ибо здѣсь имѣетъ приложеніе принципъ eodem modo quidquid dissolvere quo colligatum est. Вопросъ представлялъ трудности въ латинской системѣ, при условіи полнаго обособле-

нія личности союза отъ сочленовъ, притомъ особенно по отношенію къ судьбѣ имущества прекратившейся корпораціи.

Современныя системы имѣютъ въ виду далеко не эти только явленія союзнаго строя. Такимъ образомъ, впереди, для вопроса о прекращеніи союза, идутъ опредѣленія его статута. Такія опредѣленія все рѣшаютъ для случаевъ образованія союзовъ на опредѣленный срокъ. Наступленіе срока есть предѣлъ существованія союза. Законъ установляетъ нерѣдко общій реквизитъ личнаго состава, необходимый для продолженія существованія союза. Такъ для продолженія существованія зарегистрованнаго союза, по Второму чтенію, требуется наличности не менѣе 3-хъ членовъ. Если нѣтъ вообще личнаго состава въ корпораціи, то, конечно, нѣтъ и самой корпораціи, что не мѣшаетъ, однако, имуществу союза продолжать функціонировать для общихъ цивильныхъ цѣлей въ видѣ особой имущественной массы, какую мы имѣемъ въ установленіяхъ. Для союзовъ свободнаго порядка учрежденія натурально указанное закономъ опредѣленіе большинства о прекращеніи существованія союза составляетъ также способъ прекращенія. Также дѣйствуетъ опредѣленіе союза о прекращеніи его дѣятельности въ виду открывшагося конкурснаго процесса (§§ 42, 47—54 Имп. Гр. Ул.). Наконецъ, союзъ перестаетъ существовать какъ особая личность чрезъ лишеніе его правъ личности актомъ надлежащей власти въ случаяхъ нарушеній статута и расширенія дѣятельности въ сферу, непредусмотрѣнную статутами.

Чьимъ же будетъ имущество союза? Отвѣтъ долженъ быть данъ статутами. Если нѣтъ прямого отвѣта, то надо его извлечь изъ духа и общей тенденціи союзовъ подобнаго рода. Это можетъ быть достигнуто путемъ свободнаго толкованія. Нѣмецкій кодексъ указываетъ на сей случай двоякій выходъ, или переходъ имущества къ фиску для соотвѣтственнаго цѣли прекратившагося союза употребленія его имущественныхъ рессурсовъ (45—47), или въ случаяхъ, когда союзъ предназначался только для служенія сочленамъ, раздѣлъ имущества между наличнымъ, въ моментъ его прекращенія, составомъ (45). Натурально, подъ оставшимся за прекращеніемъ союза имуществомъ слѣдуетъ разумѣть только такое, которое превышаетъ обязательные при ликвидаціи его дѣлъ платежи, для чего указываются болѣе или менѣе продолжительные выжидательные сроки.

Эти положенія не заключаютъ въ себѣ ничего специфически германскаго. Ихъ же находимъ частью именно выраженными, частью скрытыми и въ другихъ положеніяхъ, касающихся вопро-

совъ союзной правоспособности въ болѣе или менѣе общемъ смыслѣ, какъ напр. въ указан. франц. зак. 1867, 1901 гг., а также въ Исп. код. (art. 39). Нов. нѣм. код., 96 г. лишь законченнѣе разработалъ эти общія проблемы.

Для отдѣльныхъ корпорацій и установленій могутъ, на ряду съ этими общими положеніями, дѣйствовать спеціальныя правила.

Отклоненія въ этомъ моментѣ ученія, какія даютъ *германистскія теоріи*, не представляютъ въ виду анализа предшествующихъ пунктовъ никакого интереса.

Натурально, во всѣхъ случаяхъ, гдѣ для перфекціи возникновенія юридическаго лица необходимъ тотъ или другой обрядъ оглашенія, тамъ онъ тоже существененъ и для момента его прекращенія!

§ 36.

Союзная правоспособность въ русскомъ правѣ.—Юридическія лица публичнаго типа.—Казна.—Тѣсная связь интересовъ частныхъ съ союзными въ старинныхъ формахъ имущественнаго обладанія.—Сословія, земство и другіе союзы и установленія свѣтскаго характера.—Гражданская правоспособность церкви и церковныхъ установленій.

Мы видѣли въ предшествующемъ изложеніи этого ученія основныя различія юридическихъ построеній союзнаго правообладанія, какъ они опредѣлились въ классической системѣ и были рецинированы новоевропейской юриспруденціей, съ одной стороны, и съ другой—мы указали опыты средневѣковыхъ и современныхъ юристовъ отрѣшиться отъ латинскихъ преданій и создать свои формы коллективной личности. На этихъ явленіяхъ нѣкоторые современные нѣмецкіе писатели демонстрируютъ оригинальныя свойства германскаго правосознанія. Наше заключеніе было въ пользу того, что оба типа суть существующіе въ современномъ юридическомъ быту на западѣ, и что германская корпорація, какъ явленіе локальнаго характера, не можетъ имѣть своимъ назначеніемъ вытѣсненіе универсальныхъ типовъ латинской конструкціи.

Въ дальнѣйшемъ намъ надлежитъ разобраться въ слѣдующихъ вопросахъ. *Есть ли у насъ та же двойственность* въ построеніи союзно-личнаго правообладанія, какую мы видѣли на западѣ? Если такая двойственность существуетъ, то къ какимъ категоріямъ юридическихъ лицъ возможно примѣненіе конструкціи юридическаго лица латинскаго типа, и гдѣ для насъ необходимы та-

кія же существенныя отклоненія отъ этой конструкціи, какія дѣлаютъ германисты для своихъ корпорацій новаго типа? *Какіе главнѣйшіе виды гражданско-правоспособныхъ союзовъ* знаетъ русское право?

Выше мы показали, какія категоріи юридическихъ лицъ знаетъ наша современная дѣйствующая система. Между ними первое мѣсто занимаютъ государственныя установленія свѣтскія, въ особенности казна, удѣльное вѣдомство, дворцовое управленіе. Эти категоріи имущественно правоспособны какъ установленія, а не какъ корпораціи, и вѣдаются на основаніи отдѣльныхъ положеній и уставовъ подлежащаго управленія. Гражданская правоспособность казны есть вполнѣ обособленно личная, и предѣлы ея ясно обозначены въ составѣ гражданскихъ законовъ. Главныя черты этой правоспособности выражены въ слѣдующихъ положеніяхъ. Казна и казенныя установленія способны владѣть имуществомъ и ограждать владѣльческое состояніе общими судебными средствами (ст. 1310—1315 уст. гр. суд.). Казна, дворцовыя управленія и удѣльное вѣдомство способны пріобрѣтать имущества общими способами въ порядкѣ, указанномъ уставами, учрежденіями и положеніями, примѣняемыми къ разнымъ вѣдомствамъ (Ст. 698, т. X, ч. I) [1]). Присутственныя мѣста и должностныя лица являются органами цивильной дѣятельности казны въ области договорнаго права на тѣхъ же общихъ юридическихъ основаніяхъ, какія указаны для частныхъ лицъ (ст. 1537 тамъ же). Казна отвѣчаетъ по искамъ о вознагражденіи за вредъ и убытки, какъ и частныя лица, при семъ по толкованію сената даже въ предѣлахъ отвѣтственности недобросовѣстнаго владѣльца (рѣшен. кас. деп. 78/108) [2]). Казнѣ принадлежитъ притязаніе въ выморочному наслѣдству (ст. 408, т. X, ч. I). Право судебной защиты принадлежитъ казнѣ на общемъ основаніи съ видоизмѣненіями, указанными въ уст. гр. суд. (ст. 1282—1299 уст. гр. суд.).

Мы не останавливаемся здѣсь на тѣхъ правахъ государства, коихъ предметъ составляютъ тоже имущества, но притязанія къ коимъ не имѣютъ характера приватной правоспособности, хотя

---

[1]) Краткія историческія указанія въ этомъ процессѣ образованія имуществъ государственныхъ, дворцовыхъ, удѣльныхъ, обществъ и установленій у Неволина. (Истор. Рос. гр. зак. ч. 2-ая §§ 213—216).

[2]) Уполномоченный казен. вѣдомства (херсонско-бессарабскаго управл. государственныхъ имуществъ) находилъ, что казен. вѣдомство какъ юридич. лицо по принципу не можетъ быть недобросовѣстнымъ. Дѣло прошло и судебн. и кассац. инстанціи съ тѣмъ результатомъ, что различіе свойствъ владѣнія (добросовѣстнаго и недобросовѣстнаго) не измѣняется отъ того, что владѣлецъ есть частное лицо или казенное вѣдомство.

многія изъ нихъ введены въ составъ статей X т. ч. I. Точно такъ же, для изученія строенія казны, не считаемъ необходимымъ здѣсь же указывать отдѣльныя привилегіи казны, которыя могутъ быть отмѣчаемы въ соотвѣтствующихъ ученіяхъ.

Эти условія обособленія гражданской правоспособности государства и приближенія ея къ общему типу гражданской правоспособности частныхъ лицъ не составляютъ достоянія любой фазы въ исторіи нашего права. Наоборотъ, въ цѣломъ это явленіе самаго недавняго времени, той эпохи, когда въ Россіи были упразднены союзныя формы стараго типа и замѣнены и въ области права и въ области процесса новыми построеніями общецивильныхъ нормъ.

Выше было показано въ разныхъ мѣстахъ, насколько интересы казны изстари, особенно же въ XVII в., въ составѣ Уложенія, и въ XVIII в., тѣсно соприкасались съ правами частными. Мы видѣли выше, что поземельное обладаніе московскаго государства все распадалось на союзы, внутри коихъ права лицъ были поставлены въ самую очевидную зависимость отъ интересовъ союза. На этомъ держалась ограниченная оборотность земель тяглыхъ, помѣстныхъ для разныхъ разрядовъ служилыхъ людей, для служащихъ по московскому списку, для иногородныхъ, бѣловерцевъ, ярославскихъ дѣтей боярскихъ, смоленскихъ рейтаровъ и проч.

Недвижимыя имущества, выходящія изъ круга обладанія указанныхъ союзовъ по разнымъ частно-правнымъ основаніямъ въ другіе союзы, должны были быть *поворачиваемы* опять *въ союзный фондъ*. Примѣрами этого рода наполнены памятники конца XVI, XVII и частью XVIII вв. Тяглыя земли подвергаются такимъ же ограниченіемъ ихъ оборотоспособности. Возьмемъ примѣры. Безчисленное количество разъ мы встрѣчаемъ запрещеніе давать въ приданое тяглыя имущества за бѣломѣстцевъ (П. С. З. № 4624, п. 48). Нельзя закладывать имуществъ одного союзнаго типа лицамъ, принадлежащимъ къ составу другихъ союзовъ съ эвентуальнымъ эффектомъ перехода ихъ въ другой союзный фондъ (тамъ же №№ 269 и 272). Служащимъ по московскому списку запрещается владѣть вотчинами новгородскими или псковскими (Улож., гл. 16, ст. 68); ограничивается оборотоспособность бѣлозерскихъ земель (тамъ же, ст. 49). Смоленскіе рейтары, 12 человѣкъ, моты и пьяницы, помѣстья свои позаложили и пораспродали; велѣно тѣ земли поворотить въ тотъ же служилый рейтарскій земельный фондъ, а покупщикамъ искать своихъ денегъ съ отставныхъ рейтаръ (П. С. З., 1159). Нѣмецкіе писатели, гер-

манисты, съ гордостью указываютъ на оригинальный, нелатинскій типъ обладанія нѣмецкой корпораціи, гдѣ раздѣльные владѣльцы связаны нѣкоторымъ союзнымъ единствомъ, въ коемъ права приватныя сплетены съ публичными и союзныя съ индивидуальными. Мы имѣемъ эти типы въ нашей странѣ въ большомъ изобиліи. Ихъ всячески старались разорвать прежніе совладѣльцы, ища стать въ условія возможно-широкаго и свободнаго имущественнаго обмѣна. Съ перваго взгляда эти ограниченія оборотности идутъ какъ будто прямо на пользу союза и отдѣльныхъ членовъ, остающихся въ его составѣ. И это такъ несомнѣнно, ибо изъ большихъ рессурсовъ легче нести тягость службы и податей, чѣмъ изъ оскудѣвшихъ. Но учреждая и поддерживая замкнутыя сферы обладанія, государство ограждало, конечно, прежде всего свои интересы, интересы тягла и службы, и если отъ этого могли выигрывать и союзы, то такой эффектъ былъ только, такъ сказать рефлективнымъ, косвеннымъ.

Въ теченіе XVIII в. внутри извѣстныхъ разрядовъ имуществъ очень расширяется оборотоспособность недвижимостей, до того составлявшихъ служебный или тяглый фондъ государства. Признаки частно-правнаго обладанія усиливаются, несмотря на особыя свойства нѣкоторыхъ объектовъ обладанія, имѣній населенныхъ. Въ концѣ XVIII вѣка, старыя союзныя формы уступаютъ мѣсто организаціи союзовъ сословныхъ, для общества дворянскаго каждой губерніи, для городского общества, для обществъ сословныхъ въ городахъ, купеческаго, мѣщанскаго, цехового, ремесленнаго. Всѣ эти союзы суть тоже юридическія лица *публичнаго типа.*

Законодательство, начиная съ екатерининской эпохи, обособляетъ въ составѣ сословныхъ союзовъ правоспособность отдѣльныхъ лицъ, входящихъ въ ихъ составъ, отъ правоспособности самаго союза. Ранѣе другихъ такое обособленіе видно на устройствѣ извѣстныхъ дворянскихъ обществъ. Вмѣстѣ съ отмѣной обязательной службы для дворянъ, сословіе дворянское перестаетъ стѣснять гражданскую правоспособность отдѣльныхъ своихъ членовъ, ибо не несетъ за нихъ той отвѣтственности, которую несли прежніе союзы за служебную способность своихъ членовъ. Самое сословіе пріобрѣтаетъ отдѣльную отъ своего состава гражданскую правоспособность съ нѣкоторыми началами привилегіи, какъ и отдѣльные члены этого союза. Дворянство способно пріобрѣтать имущества (т. X, ч. 1, ст. 698, п. 4), имѣть домъ для собраній въ губернскомъ городѣ, образовывать изъ добровольныхъ складовъ общественную дворянскую казну, производить ссуды своимъ

членамъ, предпочтительно передъ другими принимать подряды для мѣстныхъ земскихъ повинностей, поставки провіанта для войскъ, поручительства по дѣламъ этого рода, наслѣдовать въ выморочныхъ имуществахъ потомственныхъ дворянъ и пользоваться правомъ судебной защиты, причемъ общество ограждено отъ отвѣтственности за своихъ членовъ; для защиты на судѣ дворянскому обществу предоставлено дѣйствовать чрезъ повѣреннаго, избраннаго изъ его среды (т. IX ст. 90, 100, 106, 160, 163, 164 ср. 1639 т. X ч. 1, 110; т. X, подъ соотвѣтств. свойству сдѣлокъ рубриками).

Съ той же эпохи (П. С. З., № 16188, 1785 г. апр. 21) и на томъ же корпоративномъ основаніи и городское общество пріобрѣтаетъ обособленное положеніе цивильно-правоспособной личности. Однако, въ обществахъ сословныхъ, особенно низшихъ городскихъ сословій, мѣщанскаго и ремесленнаго, личная правоспособность членовъ еще весьма долгое время носитъ характеръ въ извѣстной степени зависимый отъ союза и имъ стѣсненный, какъ въ старину, длящейся отвѣтственностью союза за исправность члена въ отбываніи воинской повинности. Ст. 1552, т. X, ч. 1, неотмѣненная еще въ изд. 57 г., опредѣляла, что по долгамъ мѣщанъ и цеховыхъ, въ случаяхъ лежащей на нихъ очередной воинской повинности, долговыя взысканія имѣютъ быть прекращаемы чрезъ уплату обществомъ 30-ти рублей за несостоятельнаго. Нынѣ, съ измѣнившимся способомъ отбыванія воинской повинности, это положеніе отмѣнено (съ 74 г.).

Съ введеніемъ городового положенія 1870 г. гражданская правоспособность городского общества поставлена, съ устройствомъ представительства точнѣе соотвѣтствующимъ общимъ реквизитамъ корпоративнаго строя, болѣе независимо и широко чѣмъ прежде. Съ этимъ вмѣстѣ городской управѣ предоставлено по имущественнымъ дѣламъ города искать и отвѣчать на судѣ въ лицѣ особаго уполномоченнаго, которымъ можетъ быть должностное лицо городского общественнаго управленія (т. IX, ст. 581, 582 пр.; т. II ч. 1-я Общ. учр. губ. Город. Пол. ст. 7).

Права отдѣльной гражданской правоспособности присвоены и земству, причемъ земскимъ учрежденіямъ предоставлено пріобрѣтать и отчуждать движимыя и недвижимыя имущества, заключать договоры, принимать обязательства, искать и отвѣчать на судѣ по имущественнымъ дѣламъ земства (тамъ же, Полож. о губ. и уѣздн. земск. учрежд. ст. 4). Со времени преобразованія быта сельскихъ обывателей и сельскимъ обществамъ предоставлена отдѣльная гражданская правоспособность, право пріобрѣ-

тать движимыя и недвижимыя имущества, установлять для указанныхъ въ законѣ цѣлей мірскіе сборы, вступать въ договоры и обязательства, принимать подряды, поручительства при подрядахъ и поставкахъ, выдавать довѣренность, наслѣдовать въ выморочныхъ имуществахъ и подавать чрезъ особыхъ выборныхъ жалобы и просьбы по дѣламъ общества или волости (т. IX, особ. прил. I ст. 17, 34, 39, 51 п. 9; т. IX зак. о сост. ст. 684, 686 и соотвѣтствующія статьи т. X ч. 1).

Мы видимъ, такимъ образомъ, въ исторіи этихъ союзовъ, особенно сословнаго типа, смѣну явленій, сперва господства союза надъ членами, потомъ, вмѣстѣ съ обособленіемъ приватнаго права отъ публичнаго, постепенное сближеніе и наконецъ уравненіе гражданской правоспособности союза съ таковою его отдѣльныхъ членовъ. Въ союзахъ низшихъ сословныхъ (сельское общество) это обособленіе не вполнѣ проведено и теперь, но на этомъ явленіи мы не будемъ здѣсь особенно останавливаться въ виду его связи со всей организаціей крестьянскаго быта.

Разсмотрѣнные нами союзы суть всѣ по существу своему публичные, *сеттскаго типа*. Они не носятъ въ своемъ сложеніи ничего вполнѣ своеобразнаго и, что касается сословій, то и ничего глубоко лежащаго въ правосознаніи, изстари ведущаго свое происхожденіе. Найти въ этихъ явленіяхъ точки соприкосновенія съ явленіями исторіи запада не представляетъ ничего затруднительнаго [1]). Между тѣмъ въ исторіи права, особенно въ исторіи союзнаго права, имѣютъ на западѣ чрезвычайно важное значеніе успѣхи сознанія, сознательнаго отношенія къ вопросамъ права. Эта сторона дѣла, старинныя попытки опредѣлить особыя свойства союзныхъ правоотношеній, отношеній цѣлаго къ частямъ, играли въ исторіи западныхъ союзныхъ формъ такую видную роль, что безъ этого освѣщенія едва-ли бы могла современная юриспруденція придти къ тѣмъ важнымъ научнымъ результатамъ, которыми пользуется нынѣ на западѣ и юридическая школа и законодательная и судебная практика (см. выше).

Мы видѣли, что тамъ давно уже можно было съ ясностью различить два теченія въ строѣ союзныхъ правоотношеній; одно развивавшееся подъ латинскимъ вліяніемъ, гдѣ глубоко проходитъ обособленіе правоспособности союза и членовъ, другое—локальное, гдѣ этого обособленія не было, но, однако, свойство

[1]) Для исторіи дворянства важное научное значеніе имѣютъ труды Романовича-Славатинскаго, для городовъ покойнаго профессора Ив. Ив. Дитятина.

этого явленія пришло къ сознанію тоже чрезъ посредство юридической школы, латинской по своимъ основамъ.

Если тамъ, на западѣ, есть всѣ научныя средства, чтобъ различать происхожденіе извѣстныхъ воззрѣній, служившихъ источникомъ правосознанія, исторію рецепціи, переработки, примѣненія чужихъ воззрѣній къ бытовымъ условіямъ новаго времени, то у насъ выполненіе такихъ научныхъ задачъ встрѣчаетъ еще большія трудности. Разработка вопросовъ рецепціи и національныхъ основъ правовоззрѣнія не только по отдѣльнымъ институтамъ, но и по основнымъ задачамъ почти не тронута.

Все, что мы можемъ найти въ нашемъ прошломъ для этихъ важнѣйшихъ проблемъ исторіи права, *связано у насъ не съ успѣхами школы, а съ распространеніемъ вліянія церкви.* Тоже и эта сторона дѣла, успѣхи сознанія подъ вліяніемъ церкви, несравненно слабѣе разработана въ нашей исторіи, чѣмъ этого можно бы желать и чѣмъ это видимъ на западѣ.

Несомнѣнно одно, что *самое явленіе церковнаго обладанія*, его формы, его размѣры, имѣютъ въ исторіи развитія союзныхъ формъ у насъ, вмѣстѣ съ этимъ въ исторіи нашего правосознанія, громадное значеніе какъ для союзовъ публичнаго, такъ и для союзовъ приватнаго типа [1]).

Традиція льготъ и жалованій для церковнаго общества [2]) восходитъ къ первымъ князьямъ, и уже очень рано „неотъемлемая“ принадлежность имуществъ церкви какъ юридическому лицу составляетъ предметъ письменнаго и клятвеннаго укрѣпленія со стороны свѣтской власти. Для исторіи права важно не столько количество земельныхъ владѣній церкви, сколько юридическое

---

[1]) Къ величайшему сожалѣнію Неволинъ, несомнѣнно глубокій знатокъ и церковнаго нашего права, не ставилъ этихъ явленій въ надлежащую связь съ исторіей права гражданскаго.

[2]) Понятіе церковнаго общества у канонистовъ см. въ „Курсѣ церковнаго права“ профессора Суворова (Ярославль, 1889 — 1890 гг.), § 3, а также для исторіи устройства православной церкви, отъ высшихъ органовъ церковной власти до приходской организаціи, въ т. I ч. 1 гл. VI; для современнаго состоянія т. II, ч. 3 гл. IV; затѣмъ отдѣльно ученіе о церковныхъ обществахъ (монастыри, общества, братства и церковныя попечительства)—тамъ же ч. 4 гл. VII и ученіе о церковномъ имуществѣ гл. VIII тамъ же. Въ послѣднее время мы имѣемъ еще двѣ важныя работы профессора Суворова по кореннымъ проблемамъ правоспособности церкви: Центральная организація церкви какъ юридическаго лица (Журн. Юрид. Общ., 95 г. май) и Монастыри и церкви, какъ юридическія лица (тамъ же, 96 г. іюнь). Теперь особ. его же Учебникъ Церк. пр. изд. 2-е (1902 г.), вновь переработанное, для частн. права церкви глава IX (стр. 419) О церковн. имуществѣ, гдѣ § 118 посвященъ вопросу О субъектѣ собственности въ церк. имущ. и различнымъ теоріямъ по этому вопросу (стр. 430 и слѣд.); засимъ слѣдуютъ (стр. 435) указанія обществъ и установленій церковныхъ, которыя должны быть признаны за юридич. лица. Въ § 121 читатель найдетъ очеркъ Управленія церк. имущ.

разумѣніе этого явленія въ ту пору, характеръ принадлежности этихъ имуществъ, способы ихъ перехода, повсемѣстность этого явленія. Это субъектъ обладанія совершенно отличный отъ другихъ. Это организованный союзъ, въ коемъ единство цѣлаго поглощаетъ вполнѣ входящія въ него части. Такова вся идея церковнаго обладанія (у насъ, какъ и на западѣ), таковы же и отдѣльныя церковныя общества и установленія. Это одна сторона дѣла.

Съ другой стороны, этотъ образъ союзнаго единства не есть локальный, онъ есть повсюду одинъ и тотъ же, вселенскій по существу, вездѣ себѣ равный.

Наконецъ, въ 3-хъ, для юридическаго сознанія общества, совершенно независимо отъ школы и ученій, крайне важно развитіе многообразнѣйшихъ юридическихъ средствъ, коими идутъ церковныя общества и установленія къ расширенію церковнаго обладанія. Сдѣлки, кромѣ жалованій, часто только подтверждавшихъ уже наличное обладаніе, суть самыя разнообразныя по своей юридической природѣ: это купли, вкупы или условные вклады самаго различнаго содержанія (на поминъ души, съ условіемъ кормли или содержанія вкладчика, съ обязательствомъ выполненія разнообразныхъ назначеній богоугоднаго характера), залоги, сдѣлки кредитныя очень различнаго рода. Рядомъ съ этимъ идетъ въ обширныхъ размѣрахъ освоеніе недвижимостей чрезъ заимку, культуру пустыхъ земель, разработку отдѣльныхъ промысловъ. Правоотношенія, истекавшія изъ такихъ актовъ, носили типы самые различные по свойству обладанія, отъ совершенно временнаго, срочнаго, условнаго пользованія, до вѣковѣчнаго, неотъемлемаго, исключительнаго и полнаго господства. Этихъ чертъ, обособленности обладанія цѣлаго, союза, отъ частей, универсальности его распространенія и разнообразія юридическихъ формъ, достаточно, чтобъ понять, какое колоссальное значеніе въ исторіи нашего правосознанія имѣли церковныя владѣнія. Указываютъ, что количество ихъ уже въ концѣ XV в. доходило до одной трети всего тогдашняго земельнаго богатства московскаго государства. Что оно было необъятнымъ — это видно изъ опасеній которыя возбуждали въ ту пору у представителей власти внѣшней, государственной, поразительные успѣхи распространявшагося на земныя блага господства власти духовной, внутренней. Отъ безмѣрныхъ неподвижныхъ церковныхъ владѣній скудѣла служба и тягло свѣтскаго правительства. Оттуда раннія попытки секуляризаціи церковныхъ имуществъ не въ пользу частныхъ лицъ или союзовъ, а въ пользу союза государственнаго.

Мы сейчасъ увидимъ результаты этого движенія, для современнаго состоянія правоспособности церкви. Но для исторіи развитія юридическаго сознанія въ древней Россіи не было явленія, которое могло бы быть поставлено на ряду съ этимъ. Его можно, по его вліянію на юридическое сознаніе древняго общества и по его практическому значенію, справедливо сопоставить съ вторженіемъ въ западную жизнь и въ западное общество, въ эпоху господствующихъ партикуляризмовъ, системы права общаго, отношеній союзныхъ совсѣмъ иного типа, чѣмъ тѣ, которыя господствовали до него. Эта форма могущественнаго объединеннаго повсемѣстнаго обладанія служила, такъ сказать, средствомъ сопоставленія и разложенія въ сознаніи людей и въ практикѣ старинныхъ мѣстныхъ, племенныхъ, особныхъ союзныхъ типовъ. При этомъ сопоставленіи они легче приходили къ сознанію людей того времени. И если до развившагося господства церкви мы не имѣли не только ученій, освѣщавшихъ правосознаніе, но ниже ясно формулированныхъ нормъ и письменныхъ обрядовыхъ сдѣлокъ, то подъ вліяніемъ этого явленія у насъ появились и сдѣлки, и нормы юридическія и даже ученія, частью направленныя на поддержку, частью на отрицаніе соотвѣтствія церковныхъ стяжаній съ природой и назначеніемъ церковнаго союза [1]).

Въ результатѣ, такимъ образомъ, и у насъ, какъ на западѣ, появились два типа союзнаго правообладанія: *одинъ*, выработанный церковной традиціей, не мѣстнаго происхожденія, соотвѣтствующій по внутренней природѣ правоотношеній классической universitas или pium corpus, обществу или установленію самодовлѣющему въ смыслѣ его правоотношеній, не связанному съ тѣми или другими членами союза или дестинатерами, юридически обособленному; *другой* или *другіе* типы, представлявшіе собою большое разнообразіе строенія, обыкновенно гораздо менѣе абстрактнаго, формальнаго, не столь отрѣшеннаго отъ наличнаго состава членовъ союза.

Вотъ тѣ два теченія, которыя мы наблюдали въ западномъ правѣ и признаки которыхъ легко указать и въ нашей исторіи и въ нашей дѣйствующей системѣ.

Мы не остановимся здѣсь на процессѣ секуляризаціи церковныхъ имуществъ и ограничимся указаніемъ на чрезвычайно силь-

---

[1]) По этому предмету см. классическую работу московскаго профессора А. С. Павлова: „Историческій очеркъ секуляризаціи церковныхъ земель въ Россіи“. Одесса, 1871 г. Теперь еще многія стороны вопроса о церковн. обладаніи и его вліяніи на свѣтское освѣщаются работой Платона Соколова „Церковно-имущественное право греко-римской Имперіи. Новгородъ. 1896 г.“. Суворова указ. выше учебникъ, стр. 419, 426 и слѣд. (изд. 902 г.)

ную редукцію не только церковнаго обладанія, но и самой гражданской правоспособности церкви, церковныхъ союзовъ и установленій въ дѣйствующей системѣ.

Надѣленіе монастырей, архіерейскихъ домовъ землями и угодьями произведено въ связи съ позднѣйшими актами секуляризаціи и съ задачей государственнаго межеванія въ царствованіе императрицы Екатерины. Отсюда возникли положенія дѣйствующаго права, по силѣ коихъ: монастыри и архіерейскіе домы имѣютъ право обладанія на *отводимые отъ казны* загородные дворы, рыбныя ловли, земли и другія угодья въ количествѣ, межевыми узаконеніями опредѣленномъ; сіи земли примежевываются къ нимъ на одинаковомъ основаніи съ владѣльческими дачами (т. IX, ст. 432). Такія надѣленія объявлены закономъ *внѣоборотными*, т.-е. неподлежащими отчужденію, но допускающими эксплуатацію имуществъ отдачей въ наемъ (433). Пріобрѣтеніе имѣній населенныхъ какими бы то ни было актами, дареніемъ, куплей, пожертвованіемъ на поминъ души, — воспрещены (439). Имѣнія ненаселенныя могутъ быть пріобрѣтаемы вновь куплей, даромъ, завѣщаніями частныхъ лицъ, но всякій разъ лишь съ Высочайшаго соизволенія (435). Сдѣлки договорныя, съ небольшими ограниченіями, совершаются именемъ этихъ установленій на общемъ основаніи гражданскихъ законовъ. Монастыри имѣютъ наслѣдовать въ оставшихся незавѣщанными ризницахъ монашествующихъ властей, въ ихъ выморочномъ имуществѣ, равно въ движимомъ имуществѣ и строеніяхъ внутри монастыря низшаго монашества (440).

Тѣмъ же ограниченіямъ, коимъ подвергаются монастыри и архіерейскіе домы, подлежатъ и церкви (443). Земли церковныя суть: a) принадлежащія имъ по прежнимъ дачамъ и писцовымъ книгамъ, или по новѣйшимъ укрѣпленіямъ, b) и земли усадебныя для церковныхъ причтовъ и отводимыя отъ прихожанъ для довольствія въ указанной межевыми законами пропорціи (445). Церковныя земли и угодья остаются всегда неприкосновенной собственностью и ограждаются отъ всякихъ посторонникъ притязаній (446). Для церковныхъ земель установлена та же *внѣоборотность*, какъ и для монастырскихъ (447 и 448).

Таковы положенія для православныхъ церковныхъ установленій.

Дѣеспособность ихъ упражняется несомнѣнно соотвѣтственно ихъ институтной, а не корпоративной природѣ, хотя кн. I, разд. II, отд. IV трактуетъ о сословіяхъ духовенства православнаго, причисляя сюда всѣ названныя церковныя установленія [1]).

[1]) Ср. особенно Суворова, II, стр. 414 и указан. мѣста его-же Учебника.

Для судебной защиты правъ мы имѣемъ общее положеніе о дѣлахъ казеннаго управленія, къ числу коихъ принадлежатъ дѣла монастырей, церквей, архіерейскихъ домовъ и всѣхъ христіанскихъ и магометанскихъ учрежденій.

Весьма близко съ этимъ строемъ право и дѣеспособности установленій православной церкви сходятся установленія римско-католическаго, армяно-грегоріанскаго, евангелическо-лютеранскаго исповѣданій, причемъ въ послѣднемъ сохранены черты сословнаго или корпоративнаго строенія много видиѣе, чѣмъ въ другихъ исповѣданіяхъ [1]) (см. т. XI, ч. I. Уставъ иностр. исповѣданій и указанія и выдержки въ изд. Гожева и Цвѣткова I, стр. 269 и слѣд.; тутъ же и правоспособность магометанскихъ духовныхъ установленій).

Вотъ главнѣйшіе типы юридическихъ лицъ публичнаго права, коимъ русскій законъ присваиваетъ гражданскую правоспособность и дѣеспособность, соотвѣтственную цѣли ихъ учрежденія, и указываетъ тѣ или другіе ея предѣлы. На всемъ строеніи этихъ и подобныхъ союзныхъ формъ правообладанія не лежитъ никакихъ признаковъ локальнаго характера. Всѣ онѣ имѣютъ своимъ назначеніемъ служить цѣлямъ публичнымъ, и въ гражданской своей правоспособности всѣ онѣ, какъ это было въ подробности видно выше, обнаруживаютъ весьма опредѣленныя черты личнаго обособленія союза, установленія, цѣлаго, отъ входящихъ въ него частей или членовъ.

Вопросъ о возникновеніи, упраздненіи нѣкоторыхъ видовъ этихъ союзовъ публичнаго типа принадлежитъ, вмѣстѣ съ этимъ, къ вопросамъ права публичнаго, а не частнаго.

Законъ нашъ даетъ наряду съ перечисленными сейчасъ видами сословій и установленій мѣсто, въ числѣ способныхъ имѣть имущества лицъ, заведеніямъ ученымъ, учебнымъ, богоугоднымъ и установленіямъ кредитнымъ. Ничего общаго о такого рода правоспособности сказать нельзя, такъ какъ характеръ такихъ учрежденій, публичный или частный, предѣлы правоспособности, органы дѣятельности всякій разъ выясняются лишь изъ устава, учрежденія, положенія, коимъ ближайшимъ образомъ опредѣляется частноправная позиція даннаго института (т. X, ч. I, ст. 698 и примѣч.).

---

[1]) Любопытное ограниченіе установляетъ законъ для церквей евангелическо-лютеранскаго исповѣданія. Дѣлать долги отъ имени церкви не дозволяется ни въ какомъ случаѣ... Расходы уплачиваются наличными деньгами, а за взятое въ долгъ попечители отвѣчаютъ какъ за свой долгъ (ср. тамъ же ст. 620 и въ Сборникѣ гг. Гожева и Цвѣткова, I, стр. 272).

§ 37.

Союзная правоспособность въ русскомъ правѣ (продолженіе). — Гражданская правоспособность союзовъ частныхъ.—Старинныя союзныя формы.—Признаки вмѣненія внѣшняго въ нашемъ старомъ правѣ и отвѣтственность союза за дѣйствія и деликты членовъ. — Упадокъ союзнаго духа въ эпоху крѣпостного права. — Артели. — Образцы самобытныхъ союзныхъ формъ. — Общество владѣльцевъ гостиннаго двора въ Ирбити.—Общество владѣльцевъ торговыхъ помѣщеній въ Петербургѣ и Москвѣ.—Образцы ссудо-сберегательныхъ и промышленныхъ союзовъ въ нашемъ правѣ. — Скудость нормъ союзнаго права въ нашемъ гражданскомъ кодексѣ.

Въ противоположность установленіямъ и сословіямъ публичнаго типа нашъ законъ ставитъ лица частныя и сословія лицъ, какъ то: товарищества, компаніи, конкурсы (о конкурсахъ было сказано выше).

Здѣсь, собственно, и только здѣсь все дѣло, съ начала до конца существованія личности, входитъ въ кругъ задачъ цивилистики; не мудрено, поэтому, что на явленіяхъ этого рода въ особенности и сосредоточиваются главнѣйшіе контроверзы современнаго права.

Но и здѣсь, т.-е. въ кругу союзовъ частныхъ, наша практика знаетъ такіе, которые поставлены не вполнѣ самостоятельно, а играютъ собственно служебную роль при установленіяхъ публичныхъ. Таковы въ особенности артели, которыми правительство пользуется, чтобъ поставить надежнымъ образомъ нѣкоторые низшіе виды службъ, при чемъ не только признаетъ извѣстную корпоративную организацію союза, но сверхъ того подчиняетъ его дѣятельность вліянію и контролю оффиціальныхъ лицъ. Артели этого рода имѣютъ крайне разнообразное строеніе. Для примѣра можно взять артели судорабочихъ на внутреннихъ водахъ, когда наемъ есть *гуртовой*, а не раздробительный (уст. пут. сообщ. ст. 324, 326 и др.); сюда же идутъ артели грузовщиковъ, дрягилей (уст. торгов. ст. 104 п. 3 и 4), также артели, организованныя при горныхъ промыслахъ (т. IX особ. прил. XII ст. 43; см. у Горемыкина I, 601). Подобныя артели имѣютъ болѣе или менѣе развитую организацію, но вмѣстѣ съ этимъ служебную и подчиненную роль въ промышленномъ смыслѣ.

Для насъ здѣсь имѣли бы самую высокую цѣну данныя, касающіяся приватной правоспособности союзовъ частныхъ изъ эпохи возможно отдаленной въ историческомъ смыслѣ, предшествующей московской централизаціи, когда на всѣ союзныя фор-

мы усердно налагали печать тягла или службы; къ сожалѣнію, для той отдаленной эпохи мы имѣемъ слишкомъ скудныя данныя. Болѣе выразившіеся и постоянные союзные типы частнаго права изъ стараго времени являются намъ въ двоякомъ видѣ, въ видѣ *поземельнаго владѣнія союзомъ родовымъ и*, рядомъ съ этимъ, въ видѣ землевладѣльческой *общины, независимой отъ кровной связи членовъ*. Опять и эти оба типа, особенно родовое землевладѣніе, являются намъ не въ первоначальной ихъ чистотѣ, а уже явно въ стадіи разложенія. Матеріалъ, на коемъ возможно основывать предположенія о родовомъ и общинномъ строѣ, для той поры ограничивается сдѣлками, касающимися того или другого вида имуществъ и ихъ формальною обстановкой. Въ старинныхъ новгородскихъ купчихъ, также какъ и въ послѣдующихъ московскихъ сдѣлкахъ, акты передачи недвижимостей совершаются нерѣдко не отъ одного лица другому, а отъ цѣлаго ряда лицъ другому ряду лицъ. Иногда кругъ лицъ передающихъ или пріобрѣтающихъ носитъ признакъ родственной ихъ связи по именамъ ихъ или по указаніямъ степени родства (см. А. Ю. № 71, I, V). Въ ту пору, въ XIV и XV в., развитіе землевладѣнія церкви, отдѣльныхъ лицъ, при нѣкоторыхъ начинавшихся признакахъ скопленія богатствъ денежныхъ, не могло не дѣйствовать разлагающимъ образомъ на старыя союзныя формы. Но онѣ подаются не вдругъ. Мы видимъ постоянно, что, отчуждая земли, продавецъ не совершаетъ акта *безповоротнаго* перекрѣпленія имущества, а лишь за себя, иногда за себя и дѣтей передаетъ свое особое право пріобрѣтателю. Но за нимъ стоитъ еще цѣлый союзъ, родовой, общинный, который вовсе этимъ его актомъ не стѣсненъ въ своихъ притязаніяхъ на ту же землю, или на тотъ же участокъ землевладѣнія. Неволинъ давно замѣтилъ это явленіе. Но для того, чтобъ признать *родовой бытъ* или видѣть въ этомъ явленіи ограниченнаго господства члена союза надъ недвижимостью подтвержденіе такъ называемой *родовой теоріи*, онъ требовалъ, чтобъ родъ весь участвовалъ въ сдѣлкѣ, а иначе сдѣлку родича объ отчужденіи не своего имущества почиталъ недѣйствительностью. *Родового быта* или подтвержденія *родовой теоріи* нельзя видѣть въ указанныхъ явленіяхъ, но нельзя тоже въ ограниченіи притязаніями союза правъ отдѣльнаго члена отрицать признаки родового правосознанія. Пусть ограниченіе права безповоротно отчуждать недвижимость существуетъ не только въ пользу союза родового и его членовъ по отношенію къ чужимъ, но и внутри этого союза въ пользу ближайшихъ родичей у дальнѣйшихъ, у старинныхъ вотчичей вообще, у совладѣльцевъ общинныхъ земель,

у людей одного тягла, одного рода службы,—это будетъ доказывать, что родовой союзъ не былъ единственнымъ или господствующимъ типомъ союзнаго обладанія, но это не можетъ служить для отрицанія наличности и этой союзной формы [1]).

Когда родичъ хочетъ пріобрѣсти себѣ и своимъ недвижимость—это видно изъ сдѣлки. Точно такъ же видно, когда покупщикъ пріобрѣтаетъ землю не у ея владѣльца, члена родового союза, а у владѣльца и вмѣстѣ у родичей, въ смыслѣ укрѣпленія ими силы сдѣлки. Они тутъ же являются свидѣтелями сдѣлки, соучастниками акта (№ 71, V). Или вотчичъ отдаетъ свою землю въ монастырь по душѣ, а родственники *отступаются Васильевы* (вотчичъ) *земли* (тамъ же № 110).

До чрезвычайности характерны старые акты отчужденія недвижимостей въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ, независимо отъ родственныхъ связей лицъ, совершающихъ актъ, самый объектъ сдѣлки таковъ, что тутъ не можетъ быть *полнаго* обособленія части совладѣнія, но нѣтъ тоже и признаковъ нераздѣльнаго совладѣнія цѣлымъ. Пріобрѣтаетъ нынѣ человѣкъ въ такихъ-то мѣстахъ село земли, полсела, три села, дворъ, дворище, земли орамыя тѣхъ селъ и пожни тѣхъ селъ и ловища тѣхъ селъ, чѣмъ владѣлъ такой-то, въ другомъ случаѣ—и притеребы того села, гдѣ ни есть владѣли; или — земли стараго заводу (№ 71, VI, VIII). Читая подобные акты, видя обстановку отчужденія, соучастіе въ актѣ сусѣдей, мужей, заводчиковъ, знахарей, вы невольно приходите къ той мысли, что въ этихъ условіяхъ не было возможности совладѣнія, если пріобрѣтатель не состоялъ въ союзѣ съ общиной, родственномъ, или не вступалъ въ союзъ по иному основанію, напримѣръ договорному. Какъ вступалъ новый членъ въ союзъ для него чужой, подъ какими условіями выходилъ прежній владѣлецъ, какія притязанія сохранялъ самый союзъ на долю вступавшаго новаго члена — это вопросы, которые далеко не всегда рѣшались одинаково, но всегда конечно возникали, ибо обособленіе долей въ этихъ условіяхъ никогда не могло быть полнымъ. Г. Мейчикъ совершенно справедливо, въ результатѣ весьма тщательныхъ изысканій, заключаетъ такъ: пока владѣльцами этихъ жеребьевъ оставались родные (прибавимъ—или старинные члены со-

---

[1]) Ср. Неволина Истор. Рос. гр. зак. ч. III, стр. 60, ч. I, стр. 339 и слѣд. ч. II, стр. 117—120 (изд. 57 г.). Свидѣтельствомъ очень широкаго примѣненія выкупа служатъ публикованные г. Мейчикомъ акты въ его книгѣ „Грамоты XIV и XV вв. Московск. Арх. Минист. Юстиц.“. Москва 1883, стр. 81. Г. Мейчикъ настаиваетъ на опредѣляющемъ значеніи для права выкупа экономическихъ условій времени. Это безусловно одинъ изъ важнѣйшихъ факторовъ всего обмѣна, въ какихъ бы кругахъ онъ ни происходилъ.

юза общиннаго), они не препятствовали другъ другу въ пользованіи необходимыми выгодами смежныхъ и близкихъ участковъ; съ переходомъ же одного изъ такихъ жеребьевъ въ третьи руки, остальные владѣльцы могли встрѣтить разнаго рода затрудненія отъ новаго, чуждаго имъ хозяина, и вотъ что должно было побудить ихъ къ сохраненію права преимущественной покупки при первоначальномъ раздѣлѣ общаго имущества или при послѣдующемъ отчужденіи отдѣльныхъ частей прежняго цѣлаго (стр. 83).

Коротко, это явленія того самаго характера, какія выше мы указывали для права германскаго и которыя такъ трудно подчинить латинскимъ опредѣленіямъ (выше, стр. 420, 421, 425, 426). Тутъ нѣтъ основныхъ данныхъ для этого подчиненія. Тутъ нѣтъ развитого *личнаго* сознанія, ибо надъ индивидуумомъ еще господствуютъ союзы. Тутъ нѣтъ понятія *вполнѣ раздѣльной принадлежности* недвижимостей, на которой не лежало бы той или другой тягости союзныхъ притязаній. Въ этомъ видѣ это форма переходная отъ старой общности къ новому раздѣльному типу владѣнія, но форма ясно еще носящая на себѣ *слѣды* прежней безраздѣльной принадлежности цѣлаго союзу.

Уже въ этихъ старыхъ условіяхъ быта видно, что это форма, обращенная къ прошлому, что ее ищутъ вытѣснить другіе типы правоотношеній, но она уступаетъ духу времени не вдругъ, и слѣды ея остаются очень еще долгое время въ практикѣ. Но это слѣды отживающаго порядка, переходящіе все болѣе и болѣе въ институты *локальнаго примѣненія, въ изъятіе изъ общаго порядка* обособленныхъ приватныхъ правоотношеній, и если союзныхъ формъ, то свободныхъ, а не невольныхъ, неизбѣжныхъ, какими являются для этого времени разсмотрѣнныя нами формы общности.

Московская политика, обработывая по своему эти старинныя союзныя формы, не отвергала собственно ихъ, а лишь пользовалась ими для своихъ цѣлей.

Поземельная общность этого типа въ классѣ рабочемъ удержалась въ тягломъ московскомъ землевладѣніи въ особомъ видѣ сдѣлокъ, именуемыхъ посильными или отступными. Г. Мейчикъ справедливо полагаетъ, что въ нихъ нашелъ покойный Ив. Дмитр. Бѣляевъ основу для изображенія крестьянскаго землевладѣнія въ древности въ извѣстномъ своемъ трактатѣ „Крестьяне на Руси“ (стр. 72). Посильемъ вступаетъ въ существовавшій до того союзъ новый членъ. Это будетъ стало быть *жеребій въ общемъ владѣніи*, на коемъ лежитъ податная тягость. Этотъ жеребій является показателемъ хозяйственной и податной *силы плательщика* (Мей-

чикъ стр. 72). Посилье, однако, составляли не одни земельные участки, а также дворы, промыслы, бортный, соловаренный и проч., а также лавки. Такія имущества и переходили съ обозначеніемъ ихъ понятіемъ *посилья*, *владѣнія*, которое продалъ или отъ коего отступился прежній владѣлецъ (стр. 73). Черта весьма живая, чтобъ видѣть, какъ происходило пополненіе состава совладѣльцевъ общаго промысла, поля и проч.

Для остатковъ родовой общности въ московскую эпоху находилось еще много случаевъ примѣненія. Срокъ выкупа въ эту пору фиксируется и сокращается, чѣмъ достигается легчайшая оборотность родовыхъ имуществъ; но, съ другой стороны, солидарность членовъ, когда это было полезно для политическихъ цѣлей, отнюдь не отвергалась новыми легальными нормами. Наоборотъ, въ Уложеніи весьма ясно, что родичи обязаны были одинъ за другого нести службу (гл. VII, ст. 17), могли быть привлекаемы къ отвѣту на судѣ (гл. X, ст. 149). Наконецъ, и это самое любопытное и характерное явленіе для этой эпохи развитія, хотя уже и измѣненныхъ, старинныхъ союзныхъ формъ,— мы видимъ въ томъ же Уложеніи тяжесть отвѣтственности (гражданской), которая ложится на родичей за преступленія, совершаемыя однимъ изъ членовъ родового союза. Правда, это имѣетъ мѣсто при crimen enormissimum, какъ его называли на западѣ, при государственной измѣнѣ. Но вотъ положеніе ст. 38 гл. 17-й Уложенія, которая не оставляетъ сомнѣнія, что *родичи* терпятъ, *теряютъ право выкупа* родовыхъ вотчинъ измѣнника, которыя были до измѣны перекрѣплены въ чужой родъ и по коимъ совершены надлежащіе акты. Такому покупщику, говоритъ Уложеніе, владѣть тою вотчиною безъ выкупа, потому, что онъ у того измѣнника купилъ до его измѣны. *А роду того измѣнника той вотчины на выкупъ не отдавать.* Нѣтъ никакого сомнѣнія, что имущественныя невыгоды за преступленія родича ложатся тяжестью *на союзъ*, т.-е. на кругъ лицъ, для коего нѣтъ основаній для такъ называемаго *вмѣненія внутренняго*, а есть лишь для *вмѣненія внѣшняго*, формальнаго.

Мы имѣемъ, такимъ образомъ, цѣлый рядъ точекъ соприкосновенія нашихъ союзныхъ построеній съ нѣмецкими, въ эпоху, соотвѣтствующую указанному выше правосознанію германскому, изъ коихъ вполнѣ ясно, что въ этихъ чертахъ не слѣдуетъ видѣть какихъ-то специфическихъ германскихъ свойствъ правосознанія, и которыя встрѣчаются вездѣ на соотвѣтствующихъ невысокихъ ступеняхъ личнаго сознанія и поглощающаго для личности значенія союзныхъ формъ.

Быть можетъ въ нашей старинѣ, соотвѣтственно явленіямъ правосознанія у западныхъ народовъ, которыя мы выше отмѣтили какъ черты отличныя отъ латинскаго права, найдутся признаки вмѣненія внѣшняго и въ томъ широкомъ примѣненіи, которое оно въ свое время имѣло тамъ? Нѣтъ сомнѣнія, что вопросъ заслуживаетъ самаго внимательнаго изысканія. Мы его, однако, здѣсь не считаемъ умѣстнымъ предпринимать. Отмѣтимъ одинъ общеизвѣстный фактъ, гдѣ *вмѣненіе вещамъ* освѣщается въ нашей старинѣ самымъ яркимъ свѣтомъ. Это тяжкое наказаніе и ссылка (см. выше во французскомъ правѣ кондемнація вещей à mort et en exil) углицкаго колокола, который билъ набатъ при убіеніи царевича Дмитрія въ 1593 году. По преданію Борисъ Годуновъ отправилъ колоколъ въ ссылку въ Тобольскъ *съ отсѣченіемъ уха*, отчего колоколъ тотъ и прозванъ карноухимъ [1]).

Для насъ достаточно этого небольшого историческаго экскурса, чтобъ придти къ убѣжденію въ существованіи въ нашемъ прошломъ, совершенно независимо отъ какихъ либо вліяній и заимствованій, такихъ же отклоненій отъ строенія союзовъ и отъ общепринятыхъ началъ вмѣненія, какія видны въ исторіи нѣмецкаго права.

Неволинъ отмѣчаетъ въ своей исторіи тотъ любопытный фактъ, что въ эпоху Уложенія и слѣдующую за нею у насъ или было очень мало или совсѣмъ *не было узаконеній* о товариществахъ (Ист. Рос. Гр. Зак., § 457) [2]). Это справедливо. Но положеніе

[1]) Считаю себя обязаннымъ выразить мою признательность почтенному товарищу моему А. С. Лаппо-Данилевскому, отъ котораго я имѣю помѣщаемыя здѣсь справки объ этомъ любопытномъ явленіи. Ихъ можно найти въ „Древ. Библіотекѣ“ ч. III, стр. 3; „Кратк. пок. о Сиб. воевод.“ стр. 4; *Словцова* „Истор. обоз. Сиб.“ изд. 1 кн. 1 стр. 517; Ал. Сул. „Ссыльный угличскій колоколъ въ Тобольскѣ“ (въ „Москвитянинѣ“ за 1849 г. ч. 3). Есть слухи, что настоящій колоколъ разбился, но вылитъ новый (хранившійся въ Тобольскѣ) *по образцу* стараго. На колоколѣ надпись (очевидно позднѣйшаго происхожденія). Содержаніе ея слѣдующее: „сей колоколъ, въ который били при убіеніи благовѣрнаго царевича Дмитрія въ 1593 г. присланъ изъ города Углича въ Сибирь *въ ссылку* въ градъ Тобольскъ къ церкви Всемилостиваго Спаса, что на торгу, а потомъ на софійской колокольнѣ былъ набатной“. Оттуда же указаніе въ текстѣ объ отсѣченіи уха. Ср, еще Карамзинъ т. X, пр. 245; Снѣгиревъ „Пам. Моск. древности“ стр. 201; „Описаніе монастырей при полномъ христіанскомъ мѣсяцесловѣ“ 1825 г. стр. 145; Максимовъ, „Сибирь и каторга“ ч. 3, гл. 2-я.

[2]) Тутъ же въ примѣчаніяхъ приведены нумера Полн. Собр. Зак., гдѣ встрѣчаются положенія о товариществахъ. Ихъ не мало, но они всѣ очень разбросаны, спеціальны и часто прямо заимствованы изъ иностранныхъ законодательствъ. Обществъ промышленныхъ не мало. Есть постоянная агентура армянской компаніи для торговли въ Москвѣ (П. С. З. № 410). Есть компаніи для китоловнаго промысла, которая имѣетъ цѣлью привлечь къ эксплуатаціи отечественныхъ богатствъ иностранные капиталы (тамъ же № 4349). Есть общество спасанія на водахъ и отысканія потопшихъ кораблей (№ 9721). Но

можно расширить, и тогда окажется, что во всю эпоху господства крѣпостного права наше законодательство давало крайне скудное развитіе не только договору товарищества, но всему договорному праву. Основаніе совершенно понятное. Какой просторъ могли открыть себѣ свободныя договорныя отношенія въ условіяхъ закрѣпощенія всего населенія? Само собою разумѣется, что въ этихъ условіяхъ *не мѣсто вольнымъ союзамъ*. Калачева поражаетъ то же отсутствіе союзнаго духа особенно въ XVIII в. у насъ; но онъ объясняетъ себѣ это малымъ нашимъ знакомствомъ съ памятниками этой эпохи (Артели въ древн. и нов. Рос., стр. 17). Это едва ли справедливо. Къ тому же Калачевъ даетъ намъ тутъ же большой списокъ извѣстныхъ изъ этого времени артелей въ одномъ Петербургѣ (см. стр. 24 и 25). Но какія это артели? Довольно однихъ наименованій, Вульфова, Мейерова, Томсона, Стюартова, Непорова, Шилинская, Коворина и другія подобныя, чтобы безошибочно опредѣлить, въ какомъ отношеніи находились всѣ эти артели, именуемыя родительными принадлежностными разныхъ торговыхъ фирмъ, къ вопросу о свободѣ союзовъ и о правахъ лицъ въ нихъ входившихъ. Мы видимъ, что въ этихъ артеляхъ одно изъ существенныхъ условій поступленія составляетъ *отказъ* поступившаго *отъ права разбираться съ артелью судомъ* (стр. 24) [1]); при этомъ въ нѣкоторыхъ артеляхъ удерживается наказаніе провинившихся не только штрафомъ, но и тѣлесно (стр. 56). Нѣтъ, однако, сомнѣнія, что и эти артельные союзы имѣли серьезное экономическое значеніе для сочленовъ.

Съ характеромъ союзовъ дѣйствительно свободныхъ мы имѣемъ нынѣ рядъ любопытныхъ образцовъ изъ той же эпохи, но образованныхъ *людьми торговаго класса*. Между ними легко различить союзные типы стараго и новаго времени. Эта смѣна находится въ нѣкоторомъ соотвѣтствіи съ указаннымъ нами выше типомъ горнопромышленныхъ нѣмецкихъ союзовъ. Всѣ эти образцы мы беремъ частью изъ кассаціонной практики, частью изъ новаго законодательнаго движенія.

Въ исходѣ XVIII вѣка сгорѣлъ *въ Ирбити гостинный дворъ*. Мѣстному городскому обществу предоставлено было своими силами построить новое зданіе для той же цѣли. И вотъ этотъ

это все союзы, ничего не говорящіе о развитіи свободнаго союзнаго права въ Россіи.

[1]) Такое непозволительное условіе повторяется и въ нѣкоторыхъ новѣйшихъ артельныхъ договорахъ (см. у Калачева стр. 76, № 5, постановленія Московской биржевой артели 1859 г., пунктъ 35-й).

кругъ лицъ, торговцевъ, формулируетъ *договоръ*, коимъ все общество поименно перечисленныхъ торговцевъ принимаетъ на себя постройку гостиннаго двора, устанавливая точно, какое количество строительнаго *матеріала и денегъ имѣетъ внести въ общее дѣло каждый соучастникъ*. Затѣмъ соглашеніе предпринимателей опредѣляетъ, какимъ образомъ соучастники будутъ пользоваться построеннымъ этимъ способомъ торговымъ помѣщеніемъ. Характернѣйшая черта этого соглашенія въ томъ, что *лавокъ положено не разбирать на каждаго* порознь ни по какимъ заслугамъ и преимуществамъ платимыхъ казнѣ податей, а уравнивать выгодою, собираемою съ онаго дохода, всякую въ тягло постройки сего новаго прочнаго зданія по списку вступившую душу равною частію денегъ, „что самое да продолжится до дальнѣйшей впредь въ нынѣшнихъ душахъ перемѣны", послѣ которой (т.-е. послѣ ревизіи) имѣетъ послѣдовать такое же раздѣленіе. Всѣ несогласные съ этимъ приговоромъ, яко нерадивые и развратные члены общества, лишаются всѣхъ выгодъ и преимуществъ.

Договоръ товарищества по постройкѣ представляетъ собою въ этомъ видѣ чрезвычайно любопытный и оригинальный типъ продуктивной ассоціаціи, въ которой тѣсный союзъ лицъ извѣстнаго промысла съ ихъ потомствомъ входитъ въ соглашеніе о порядкѣ уравнительнаго пользованія предназначеннымъ для извѣстной цѣли имуществомъ, торговыми помѣщеніями. Это блестящее проявленіе общественнаго духа въ правѣ, въ области отношеній приватнаго типа, въ такую пору, когда законодательство крайне слабо отвѣчало потребности свободной союзной предпріимчивости въ экономической жизни. Здѣсь какъ будто ожилъ *старый новгородскій духъ*, но не для того, однако, къ сожалѣнію, чтобъ восторжествовать надъ трудностями его проявленія въ новыхъ условіяхъ жизни.

Въ законодательствѣ не было никакихъ нормъ, коими бы точнѣе фиксировались приспособленность къ цѣли и обособленно-личный, частный характеръ этого союзнаго имущества. Съ XVIII и до конца 60-хъ годовъ XIX столѣтія, когда право гражданское нашло себѣ настоящую ограду въ Судебныхъ Уставахъ Императора Александра II, судьба этого имущества очень странная. Общественный приговоръ, выписанный выше, былъ утвержденъ губернскимъ правленіемъ. Много разъ имущество это разсматривалось не только мѣстной властью, но и городскимъ общественнымъ управленіемъ *какъ частное, принадлежащее союзу торговцевъ*, его создавшихъ. Въ 1869 г. былъ утвержденъ соотвѣтствующій сему Уставъ общества владѣльцевъ гостиннаго двора

г. Ирбити. Но это все ни къ чему не ведетъ. Ирбитское городское общество вчиняетъ искъ къ Обществу владѣльцевъ о правѣ собственности на это городское имущество, которое находится-де въ незаконномъ владѣніи этого частнаго союза. Вмѣсто одного юридическаго лица оказывается два; и городское управленіе доказываетъ, что частное общество вовсе не въ правѣ притязать на гостинный дворъ, такъ какъ постройка и содержаніе производились кругомъ лицъ, входившихъ въ составъ городского общества, и частью на общественные рессурсы. Защитникъ отвѣтчика признаетъ городское общество только пайщикомъ предпріятія, а не собственникомъ, причемъ указываетъ, что общественное управленіе само неоднократно разсматривало общество владѣльцевъ какъ частное. Въ послѣднемъ обстоятельствѣ судебная инстанція усматриваетъ простой *пріемъ симуляціи съ цѣлью отклонить правительственный контроль*, а не подлинное признаніе общества владѣльцевъ собственникомъ зданій. Съ введеніемъ городового положенія 1870 года общественное управленіе г. Ирбити перестало бояться контроля, симулированный частный хозяинъ городской собственности сталъ ненуженъ и къ нему предъявили искъ. Частная иниціатива была на сей разъ плохо вознаграждена, и читатель кассаціоннаго рѣшенія видитъ ясно, что сдѣлать въ свое время свои права несомнѣнными обществу торговцевъ-строителей, при тогдашнемъ состояніи законодательства, было далеко не легко. Въ любомъ западномъ правѣ нашлись бы безъ труда нормы для точнаго опредѣленія понятія и фиксированія личнаго состава такого *товарищества по совладѣнію съ корпоративной организаціей союза*; у насъ это было явно не легко, а содѣйствіе губернскаго правленія ничего не давало для этихъ цѣлей (см. Кас. Рѣш. за 1884 г. № 53).

Между тѣмъ огражденіе такихъ оригинальныхъ *локальнаго* типа конструкцій частно-правныхъ союзовъ есть дѣло крайне важное и экономически полезное.

Немного раньше пожара въ Ирбити, тоже во 2-ой половинѣ XVIII вѣка, *московскій* каменный *гостинный дворъ* пришелъ въ такую ветхость, что правительство рѣшило отдать его *городу* для умноженія дохода, съ тѣмъ, чтобъ городъ продавалъ мѣста желающимъ строить новое зданіе согласно утвержденнымъ планамъ. Никто не шелъ на зовъ. Между тѣмъ 13 лавокъ обвалилось. Тогда велѣно было *продавать мѣста тамошнимъ купцамъ по частямъ*, съ тѣмъ, чтобы каждый строился для себя, но тоже по плану. Въ планѣ были показаны, натурально, дворы, улицы, проѣзды, проходы, все равно какъ въ нѣмецкой шахтѣ стараго

типа (alte Kuxe, см. выше). Строились въ разбродъ, не спѣша. Никакихъ солидныхъ нормъ, коими опредѣлялась бы организація цѣлаго, соотвѣтствующихъ хотя бы указанному выше общественному приговору лавковладѣльцевъ въ Ирбити, не было. Лишь въ 30-хъ годахъ XIX столѣтія избраны отъ владѣльцевъ уполномоченные, выработаны правила пользованія зданіями и общественнымъ достояніемъ гостиннаго двора. Нѣтъ, однако, сомнѣнія, что въ этомъ союзѣ *частное* самымъ рѣшительнымъ образомъ *превалировало надъ общественнымъ*. Когда черезъ 30 лѣтъ двѣ московскія милліонерки нашли для себя удобнымъ застроить публичный проходъ, прилегавшій къ ихъ магазинамъ, то въ послѣдовавшемъ за симъ процессѣ права общественныя были такъ мало выражены, что отвѣтчики пытались устранить истцовъ за общество вовсе по недостатку процессуальныхъ полномочій у нихъ. Состязаніе сторонъ разбилось на рядъ мелкихъ формальныхъ затрудненій, изъ коихъ судъ, конечно, *на сей разъ*, нашелъ выходъ, согласный чувству справедливости. Милліонерки проиграли дѣло. Но принципіальная разработка основныхъ положеній въ процессѣ оставляла желать многаго (Кас. Рѣш. 1871 г. № 520). Не было сомнѣній, что большое и солидное торговое дѣло не можетъ существовать при этой степени неопредѣленности и даже неопредѣлимости существенныхъ вопросовъ правообладанія. Московскій гостинный дворъ при этихъ порядкахъ не сгорѣлъ, потому что былъ каменный, но скоро вновь пришелъ *въ состояніе ветхости*, изъ коего его выручила совсѣмъ новая организація дѣла, о коей мы сейчасъ скажемъ.

Пожаромъ 28-го мая 1862 г. истреблены торговыя помѣщенія Щукина двора въ Петербургѣ, принадлежавшія до того Министерству Финансовъ. Высочайшимъ повелѣніемъ 12 апрѣля 1863 г. эта мѣстность уступлена *Обществу лицъ, производившихъ до пожара торгъ* на Щукиномъ дворѣ, за 800 тыс. рублей, съ обязательствомъ выстройки торговыхъ помѣщеній по плану архитектора Кракау, на счетъ общественниковъ, имѣющихъ для сей цѣли внести часть требуемой суммы на возведеніе *принимаемыхъ каждымъ на свою долю* торговыхъ помѣщеній. Всѣ лавки и земли подъ ними будутъ составлять *полную частную собственность* общественниковъ. Изъ всѣхъ *будущихъ* лавковладѣльцевъ имѣетъ быть составлено *особое торговое общество*, и для его организаціи и дѣятельности имѣетъ быть выработанъ уставъ.

Гораздо прежде выработки такого устава *кругъ иниціаторовъ* (до 80 человѣкъ) внесъ денежныя ставки куда слѣдовало и по жребію, въ собраніи членовъ *еще неконституированнаго обще-*

ства, разобралъ мѣста и сталъ воздвигать на лучшихъ пунктахъ рынка (по Садовой) торговыя помѣщенія по плану архитектора Кракау, чтобы тутъ же стать *вмѣсто будущихъ* лавковладѣльцевъ *настоящими*.

Уставъ былъ Высочайше утвержденъ больше года спустя, въ іюнѣ 1864 года (Собр. Узак. за 1864 г. № 64), когда многія постройки, *ранѣе выдачи данной*, были уже частью возведены, и между владѣльцами готово были возникнуть нѣсколько процессовъ, которые затѣмъ и получили движеніе, начиная съ 1866 года (Кас. Рѣш. за 1867 г. № 337).

Согласно Уставу 2-го іюня 1864 г. учреждено „Маріинское Общество торговцевъ въ С.-Петербургѣ". Составъ его первоначально образуютъ всѣ производившіе до пожара торгъ на Щукиномъ дворѣ. Обществу сему отчуждена на указанныхъ выше условіяхъ мѣстность этого наименованія. Лавки съ землей имѣютъ составить полную частную *собственность общественниковъ*, земля подъ улицами, проѣздами, площадями, составляетъ собственность *всего Общества*.

По праву полной собственности каждый лавковладѣлецъ можетъ отчуждать принадлежащее ему торговое помѣщеніе, но *подъ условіемъ вступленія пріобрѣтателя въ составъ названнаго общества*. Сверхъ того, общество можетъ отъ себя производить отчужденія свободныхъ торговыхъ помѣщеній стороннимъ лицамъ, подъ тѣмъ же условіемъ вступленія ихъ въ составъ общества. Для веденія дѣлъ общества образуются два органа, Общее Собраніе и Управленіе, которое состоитъ изъ числа членовъ общества, выбранныхъ собраніемъ на указанный уставомъ срокъ. Компетенція каждаго органа указана въ уставѣ съ точностью.

Нѣтъ сомнѣнія, что мы имѣемъ здѣсь дѣло *съ коллективнымъ правообладателемъ*, съ юридическимъ лицомъ, *члены коего суть въ то же время реальные совладѣльцы* имущества съ опредѣленнымъ предназначеніемъ. Опредѣлить различіе этого строенія отъ стараго московскаго не мудрено, такъ какъ въ московскомъ коллективная сторона правообладанія не разработана вовсе при самой конституціи союза и опредѣлилась лишь впослѣдствіи; наоборотъ, въ указанномъ выше приговорѣ ирбитскаго общества эта сторона есть доминирующая въ строеніи цѣлаго. Сверхъ того въ Ирбити союзный строй являлся вполнѣ замкнутымъ, и дестинатаріи коллективнаго обладанія суть только торговцы, сейчасъ вошедшіе въ союзъ и ихъ потомство. Здѣсь, въ петербургскомъ типѣ, союзная сторона неизмѣримо сильнѣе, чѣмъ въ московскомъ, и слабѣе, чѣмъ въ ирбитскомъ союзѣ; но зато обладаніе долями поставлено

реально раздѣльно, и кругъ вступающихъ въ союзъ есть самый широкій и свободный. Мы получаемъ, такимъ образомъ, какъ непремѣнные признаки этого союза a) принадлежность каждаго совладѣльца къ обществу, b) корпоративную и довольно развитую организацію союза, c) владѣніе реально раздѣльными долями, которыя всякій врозь для себя строилъ, которыя всякій врозь можетъ продавать, закладывать, обязанъ ремонтировать и т. д., d) притязаніе каждаго изъ членовъ союза на долевое участіе въ пользованіи союзнымъ имуществомъ.

Того обособленія союзной личности отъ членовъ, какое требуется для состава подлинной латинской universitas, нѣтъ и въ этомъ типѣ. Но онъ составляетъ все же ступень приближенія къ ней, особенно по легкости, съ которой совершается смѣна лицъ внутри союза при длящемся юридическомъ существованіи все той-же обособленной союзной гражданско-правоспособной личности „Общества торговцевъ Щукина двора“. Та черта, которая опредѣляетъ положеніе этой формы въ группѣ *типовъ локальныхъ*, есть именно реальная раздѣльность долей и свойство правоотношенія къ нимъ членовъ союза.

При сравнительной легкости обмѣна долей, эта форма есть все же по строенію своему довольно грузная, довольно еще близко приноровленная къ извѣстному кругу правообладателей. Въ этомъ ея достоинство какъ типа локальнаго и въ этомъ ея отличіе отъ конструкцій универсальнаго характера.

Москва, шедшая до сего въ хвостѣ союзнаго движенія по разсматриваемому вопросу, внезапно, съ 1884 года, оставляетъ позади себя всѣ разсмотрѣнныя союзныя формы локальнаго типа и разомъ переходитъ въ томъ же дѣлѣ устройства правоотношеній совладѣльцевъ торговыхъ помѣщеній къ универсальному типу акціонерной компаніи.

Начиная съ 1884 года въ Собр. Узак. появляются одинъ за другимъ уставы торговыхъ рядовъ, Теплыхъ (84 г.), Верхнихъ (88 г.), Среднихъ (89 г.), которые ставятъ весь вопросъ о построеніи правоотношеній даннаго дѣла на совершенно новую, несравненно болѣе соотвѣтственную требованіямъ юридической опредѣленности и легчайшей имущественной оборотоспособности точку зрѣнія.

Согласно новымъ уставамъ (мы будемъ имѣть здѣсь въ виду особенно позднѣйшій, публиков. въ Собр. Узак. за 89 г. № 59, ст. 466; они всѣ сходны), взамѣнъ частнаго обладанія по раздѣльнымъ частямъ цѣлаго, имѣетъ быть образовано единое обособленное отъ состава членовъ союзное обладаніе всѣмъ имуще-

ствомъ, построенное на той универсальной основѣ союзной юридической личности, коей происхожденіе слѣдуетъ отнести къ латинской традиціи.

Чтобы привести въ исполненіе широко и смѣло задуманный планъ, необходимо не одно созданіе коллективной личности изъ гостинодворскихъ совладѣльцевъ; надо привести весь ихъ составъ и весь составъ обладанія въ такое состояніе, гдѣ приватный интересъ и личные разсчеты отдѣльныхъ правообладателей имѣютъ подчиняться интересу общественному и разсчету общему. Такимъ образомъ, Высочайше утвержденный уставъ не есть только учредительный законъ для новаго акціонернаго „Общества среднихъ торговыхъ рядовъ между Ильинкой и Варваркой въ Москвѣ", но есть актъ эвентуальной экспропріаціи въ пользу города Москвы всѣхъ торговыхъ помѣщеній указанныхъ рядовъ, собственники коихъ не захотѣли бы вступить въ составъ союза и добровольно уступить свои розныя владѣнія новому обществу. Для того, однако, чтобы новое общество считалось состоявшимся и пріобрѣло право оперировать на основаніи устава, необходимо *добровольное* согласіе и вступленіе въ его составъ двухъ третей наличныхъ совладѣльцевъ.

Когда этотъ составъ есть налицо, то въ число акціонеровъ вступаетъ и городъ Москва, который оперируетъ для экспропріаціи членовъ меньшинства посредствомъ уплаты имъ по указанной нормѣ цѣны ихъ помѣщеній.

Затѣмъ образуется акціонерная компанія указаннаго наименованія изъ владѣльцевъ акцій, выпущенныхъ на имя членовъ союза, бывшихъ владѣльцевъ торговыхъ помѣщеній.

Это общество, въ качествѣ обособленной юридической личности, становится полнымъ собственникомъ всего имущества торговыхъ среднихъ рядовъ и полноправнымъ предпринимателемъ сооруженія новыхъ зданій для того же предназначенія и затѣмъ единственнымъ хозяиномъ всего дѣла и всего вновь образовавшагося имущества.

Рѣзкая черта отличія этой союзной формы отъ указаннаго выше союзнаго типа (Ирбитское общество) состоитъ въ томъ, что здѣсь союзъ образуется не изъ тѣснаго круга людей торговаго промысла съ ихъ потомствомъ, а изъ круга акціонеровъ, коихъ большинство въ началѣ составляютъ бывшіе московскіе гостинодворцы, а затѣмъ можетъ включить въ себя кого угодно, лишь бы въ его рукахъ были акціи. Въ этой же чертѣ отличіе этой формы и отъ общества Маріинскаго рынка въ Петербургѣ, ибо и въ этомъ обществѣ только тотъ будетъ членомъ общества,

кто владѣетъ торговымъ помѣщеніемъ, и тотъ только способенъ быть лавковладѣльцемъ, кто состоитъ членомъ общества.

Обособленіе правоспособности союза отъ сочленовъ проведено здѣсь *вполнѣ*, какъ въ настоящемъ типѣ анонимной компаніи, и чтобы не было сомнѣній въ такомъ обособленіи, § 70 повторяетъ спеціально ту тезу, на которой настаивали классики (... quod debet universitas singuli non debent), и въ которой въ то же время Лабандъ думалъ найти неизмѣнный и надежный общій признакъ подлинной universitas, отличающій ее отъ союзовъ безличныхъ (см. выше).

Что касается органовъ дѣеспособности союза, то они тѣ же, что въ обыкновенномъ обширномъ анонимномъ товариществѣ (правленіе, совѣтъ, общее собраніе акціонеровъ).

Во всемъ, что не указано особо въ этомъ уставѣ, общество подлежитъ дѣйствію общихъ законовъ и въ особенности положеніямъ для акціонерныхъ компаній.

Мы видимъ, такимъ образомъ, что въ близкомъ соотвѣтствіи съ германскими формами (горнозаводскія товарищества)—у насъ, въ новое время, проходитъ смѣна союзныхъ формъ чисто приватнаго типа, съ чертами, то полнаго, то неполнаго, обособленія личности сочленовъ и союзной, съ большимъ или меньшимъ поглощеніемъ первыхъ послѣднею. И конечно, въ этомъ разнообразіи типовъ и въ этой жизненной смѣнѣ формъ отнюдь не слѣдуетъ видѣть у насъ только заимствованія изъ чужого права, а ближе, результатъ дѣйствія тѣхъ самыхъ экономическихъ факторовъ, которые вызывали и на западѣ подобныя явленія.

Все, что мы пока наблюдали въ области нашего *частнаго союзнаго права*, касалось однихъ интересовъ владѣющихъ классовъ. Но, въ ближайшей очереди за симъ, и у насъ появляются замѣтные *въ правѣ гражданскомъ* признаки развитія подобныхъ союзныхъ формъ въ интересахъ рабочаго класса и постепенное вступленіе этого типа союзовъ *въ общій цивильный обмѣнъ въ качествѣ союзовъ личнаго строенія*.

Мы говоримъ здѣсь не о правахъ крестьянскихъ и иныхъ обществъ участвовать въ нѣкоторыхъ видахъ договорныхъ сдѣлокъ съ казной въ особености, на которыя указываютъ отдѣльныя положенія нашего законодательства (см. напр. ст. 1709 и дальнѣйшія въ той же связи, ст. 1784, 1785 по изд. 57 г., нынѣ замѣненныя особыми правилами положенія о подрядахъ и поставкахъ, ст. 80, 81, 82); точно такъ же рѣчь здѣсь идетъ не о тѣхъ артеляхъ, которыя принимаютъ выполненіе отдѣльныхъ заказовъ или подѣлокъ подъ общей отвѣтственностью соучастниковъ. Союзы

такого рода крайне важны въ экономической жизни народа, но имъ не слѣдуетъ навязывать такихъ юридическихъ построеній, которыхъ они сами вовсе не ищутъ, именно свойствъ отдѣльной *союзной* правоспособности. Обособленной союзной личности такіе союзы не имѣютъ не только тогда, когда кругъ людей связанъ общими обязательствами съ 3-мъ лицомъ на условіи круговой поруки, но и тогда, когда этотъ кругъ лицъ подчиняется нѣкоторой внутренней дисциплинѣ, содѣйствующей успѣху предпріятія. Эти мелкія, ежечасно повторяющіяся сложныя сдѣлки не у насъ только, но и нигдѣ на западѣ, гдѣ есть всѣ условія легкой регламентаціи юридическихъ отношеній, не стѣсняются никакими формальными юридическими реквизитами, кромѣ обыкновенныхъ договорно-товарищескихъ.

Для образованія *союзной личности* въ этихъ условіяхъ, какъ и во всякихъ другихъ, необходимо, чтобъ въ кругѣ людей, образующихъ союзъ, сознавалась задача поставить союзъ въ условія самостоятельной гражданской личности въ болѣе или менѣе широкой и постоянной области цивильныхъ правоотношеній. Все отличіе этихъ специфическихъ формъ ограничивается удобствами образовать такой союзъ изъ ограниченныхъ рессурсовъ людей небогатыхъ. Подобные союзы и у насъ, какъ на западѣ, преслѣдуютъ, въ интересахъ своихъ членовъ, тѣ или другія *специфическія* задачи, кредитъ, пріобрѣтенье сырья, цѣли союзно-потребительныя или производительныя.

Самобытную [1]) организацію, именно для низшихъ классовъ, такіе союзы стали пріобрѣтать у насъ лишь съ очень недавняго времени. Первые опыты подобной организаціи, въ эпоху освобожденія крестьянъ, были внушены нашимъ иниціаторамъ тѣми типами этихъ союзовъ, которые были въ ту пору въ ходу на западѣ. Одинъ изъ опытовъ былъ сдѣланъ костромскимъ помѣщикомъ Лугининымъ, съ небольшой субсидіей съ его стороны (1000 руб. безпроцентной ссуды на 10 лѣтъ), въ Рождественской волости Костромской губерніи между жителями этой волости, въ видѣ ссудо-сберегательнаго товарищества, основаннаго на самопомощи. Уставъ этого товарищества былъ Высочайше утвержденъ въ 1865 году (Полн. Собраніе Закон. за этотъ годъ, № 42598).

---

[1]) Экономическая сторона дѣла начинается не съ этого. Много ранѣе союзовъ этого характера у насъ были въ ходу союзы, устраиваемые властями (въ удѣлахъ), помѣщиками (Аракчеевъ) въ кругу зависящаго отъ нихъ населенія. Въ селеніяхъ старообрядческихъ давно наблюдались явленія отдѣльной, для единовѣрцевъ, но мало вообще оглашаемой кредитной организаціи.

Нормы, коротко, такія. Жители Рождественской волости всѣ, безъ различія сословій, могутъ участвовать въ этомъ товариществѣ. Каждый желающій вступить обязывается вносить не менѣе 15 коп. въ мѣсяцъ до полной уплаты пая (50 руб.). Для вступающихъ въ союзъ и ихъ счетовъ ведется шнуровая книга, гдѣ отмѣчается ихъ поступленіе, вносы, выходъ. Для выбытія нужна заявка за 6 мѣсяцевъ, при чемъ, выбывающему выдается обратно его пай и барышъ за истекшій *полный* годъ (а не за долю года), не касаясь суммъ, отчисленныхъ въ запасный капиталъ. Товарищество даетъ извѣстныхъ размѣровъ ссуды товарищамъ. Ему принадлежитъ образующійся изъ вкладовъ запасный капиталъ. Для цѣлей усиленія оборотнаго капитала ему предоставляется дѣлать займы. Вклады членовъ идутъ только на уплату взысканій по этому уставу, а не на другія взысканія и не на пополненіе податныхъ платежей. Союзъ имѣетъ свои общія собранія, повѣрочный совѣтъ, распорядителя и бухгалтера. Члены притязаютъ на прибыль отъ товарищескихъ операцій и несутъ тяжесть убытковъ.

Немного позже, въ концѣ 60-хъ годовъ, сталъ прививаться и нѣсколько другой типъ союзовъ этого же рода, выработанный первоначально въ Феллинѣ (городъ въ Лифляндіи), по уставу котораго отвѣтственность членовъ за убытки, если они не могутъ быть покрыты средствами кассы, идетъ солидарно, соразмѣрно взносамъ въ оборотный капиталъ, на всѣхъ членовъ, пока долгъ не будетъ покрытъ вполнѣ (§ 37). На случай закрытія кассы остатокъ отъ основного капитала имѣетъ поступить въ Феллинское городское общество для обращенія на пользу школъ и церкви (§ 10). Есть и другія отклоненія этого устава отъ Рождественскаго (см. Полн. Собр. Зак. за 1869 г. № 46879 [1]).

Способъ утвержденія подобныхъ союзовъ, требовавшій сперва Высочайшаго соизволенія, нынѣ значительно упрощенъ. Министру финансовъ предоставляется, по соглашенію съ Мин. Вн. Дѣлъ, разрѣшать открытіе народныхъ кредитныхъ установленій, сходныхъ въ началахъ своихъ съ Рождественскимъ Ссуднымъ Товариществомъ и Феллинскою Ссудо-сберегательною кассою, и утверждать необходимые для ихъ дѣйствія уставы (т. XI, ч. II, разд. X, ст. 57).

---

[1]) Оба устава, Рождественскій и Феллинскій, легко отыскать въ изд. И. Л. Горемыкина „Сводъ узак. и распоряж. объ устр. сельск. состоян.“ II, стр. 615, 620. Нынѣ мы имѣемъ образцовый уставъ Ссудо-сберег. товарищ. (собр. узак. 96 г. № 45, ст. 593), Образцовый уставъ кредитныхъ товариществъ (тамъ же № 89, ст. 968), оба перепечатаны въ 3-мъ изд. указан. „Свода узак. и распор.“ И. Л. Горемыкина, т. II, стр. 1336 и слѣд.

Подъ именемъ артелей вообще законъ нашъ разумѣетъ общества работниковъ, по добровольному между собою условію составленныя, для отправленій службъ и работъ, силамъ одного человѣка несоразмѣрныхъ (т. XI ч. II, Уст. Торг. ст. 89 и слѣд.). Одни эти признаки не даютъ, безъ сомнѣнія, ничего для состава понятія, кромѣ наличности *договорныхъ правоотношеній*, которыя, конечно, могутъ очень видоизмѣняться, смотря по условіямъ случая, то приближаясь къ типу простого товарищества, то удаляясь отъ него въ область корпоративнаго внутренняго, эвентуально и внѣшняго строенія. Въ этихъ рамкахъ наше законодательство допускало развитіе тѣхъ или другихъ признаковъ весьма индивидуализирующихъ существо союзныхъ правоотношеній (о чемъ было сказано выше).

Мы не остановимся здѣсь вовсе на многочисленныхъ разновидностяхъ артельнаго устройства, образцы коихъ въ общемъ собраны нынѣ въ разныхъ изданіяхъ, у Калачева, въ названномъ выше сочиненіи, у Пахмана, въ его Обычномъ правѣ, наконецъ, у Гожева и Цвѣткова [1]) т. II, стр. 573 и слѣд.

Къ числу артелей наше законодательство относитъ и такіе союзы, которые, нося типъ чисто приватныхъ союзовъ, составляютъ по цѣли своей высшую форму промышленныхъ союзовъ, какую выработало современное европейское законодательство, именно *союза производительнаго*. За образецъ этой союзной формы мы возьмемъ артель кустарныхъ мастеровъ воткинской волости сарапульскаго уѣзда вятской губерніи (Собр. Узак. 1885 г., № 47, ст. 399; напечатанъ у гг. Гожевъ и Цвѣтковъ II, стр. 608 и слѣд.).

Это промышленный союзъ кустарныхъ мастеровъ, изготовляющихъ экипажи, земледѣльческія орудія и обувь.

Союзъ образуется изъ лицъ всѣхъ сословій не моложе 17 лѣтъ, безупречнаго поведенія. Конституируется сей союзъ при наличности не менѣе 20 человѣкъ. Вступленіе, затѣмъ, въ составъ общества новыхъ членовъ производится постановленіями общаго собранія. Выходъ добровольный, съ заявкой за 3 мѣсяца. Возможна передача своихъ правъ съ соглашенія артели. Наслѣд-

---

[1]) Для освѣщенія нѣкоторыхъ вопросовъ судебно-практическаго характера въ строеніи и дѣятельности артелей, особенно петербургскихъ, можетъ служить важнымъ подспорьемъ изданіе такъ называем. „Практика С.-Петербургскаго Коммерческаго Суда“ (съ 72 по 82 г. и съ 82 по 94 г., куда включаются и сенатскія рѣшенія и указы), за послѣднія 11 лѣтъ сдѣланное г. В. Вильсономъ (см. особенно стр. 150 и слѣд.). Экономическую сторону жизни артелей особенно по книгѣ проф. Исаева „Начала Политической экономіи“, гдѣ и обширныя библіографическія указанія.

ники (не всѣ и не во всемъ одинаково) притязаютъ на доли покойнаго (§ 23). Уходящій добровольно изъ артели беретъ свой взносъ по истеченіи отчетнаго года. Товарищъ можетъ быть устраненъ изъ артели за невыполненіе инструкціи и исключенъ за похищеніе и иное подобное съ лишеніемъ всѣхъ прибылей и взносовъ, безъ права быть зачисленнымъ вновь.

Капиталъ артели образуется изъ единовременныхъ взносовъ (25 р.), къ чему обязывается всякій вступающій. Размѣръ взноса можетъ быть увеличенъ, соотвѣтственно возрастанію запаснаго капитала, на каждаго артельщика; изъ взносовъ образуется оборотный капиталъ. Запасный образуется изъ 10% отчисленія прибылей, процентовъ съ этихъ суммъ, штрафовъ. Сверхъ сего изъ отчисленія по 5 к. съ рубля заработной платы образуется вспомогательный капиталъ. Артели предоставляется пріобрѣтать въ собственность недвижимое имущество, вступать во всякаго рода дозволенные договоры, ходатайствовать въ присутственныхъ мѣстахъ и у начальствующихъ лицъ чрезъ правленіе, безъ особой довѣренности.

Органами юридической дѣятельности артели служитъ общее собраніе и правленіе артели. Отвѣтственность артели по всѣмъ ея операціямъ обезпечивается круговою порукою артельщиковъ въ размѣрѣ ихъ взносовъ и всѣми принадлежащими артели суммами и имуществомъ.

Союзы потребительные не имѣли у насъ того успѣха, какой они пріобрѣли въ Германіи и въ Англіи.

Вотъ главнѣйшіе типы правоспособности союзовъ, имѣющихъ экономическія стяжательныя цѣли въ своей основѣ.

Мы не остановимся здѣсь на подробностяхъ строенія этихъ формъ, очевидно, носящихъ ту же двойственность въ основѣ, какую мы наблюдали въ западныхъ системахъ.

Любопытенъ одинъ вопросъ—о вмѣненіи юридическимъ лицамъ у насъ. Отвѣтъ дается закономъ общимъ и отдѣльными уставами лишь въ предѣлахъ договорно-обязательныхъ отношеній. Но за этими предѣлами? Есть ли у насъ тѣ же признаки *вмѣненія внѣшняго*, какіе мы видѣли выше въ прусскомъ правѣ? Въ этомъ не можетъ быть никакого сомнѣнія, ибо ст. 686 т. X ч. I подвергаетъ имущественной отвѣтственности дитя и умалишеннаго за вредъ и убытки ими причиняемые на томъ же основаніи, какъ вышеприведенныя положенія прусскаго ландрехта. Рядомъ съ этимъ общіе принципы вмѣненія суть у насъ какъ и тамъ, внутренніе, т.-е. въ основѣ вмѣненія лежитъ злая воля или виновная небрежность, слѣдствіемъ коей были убытки

и вредъ для чужого имущества (684 ст.; вліяніе французскаго права здѣсь очевидно, но формулировка статьи неудовлетворительна; объ этомъ скажемъ еще позже). И такъ, и здѣсь у насъ ясны, въ правѣ дѣйствующемъ, не устраненные слѣды двойственности принциповъ вмѣненія въ вопросахъ гражданской отвѣтственности. Однако, дальнѣйшія консеквенціи отсюда не оправдываются въ примѣненіи къ лицамъ юридическимъ, какъ это обнаруживается въ практикѣ нѣмецкихъ судовъ. Мы видѣли выше, что наши суды допускаютъ опредѣленіе для казны отвѣтственности за неправое владѣніе въ предѣлахъ malae fidei possessio. Послѣдовательно надлежитъ допустить ту же мѣру отвѣтственности и для иныхъ союзныхъ формъ цивильнаго правообладанія. Это не исключаетъ, натурально, ни для казны, ни для союзовъ права взыскивать въ свою очередь свои убытки съ агентовъ, которые своими дѣяніями или упущеніями обосновали строгую ихъ отвѣтственность передъ третьими, натурально, если виновность дѣйствительно падаетъ на такихъ агентовъ.

Для изученія съ юридической точки зрѣнія важны не только тѣ союзныя формы, которыя имѣютъ своимъ предметомъ экономическія задачи, но въ равной мѣрѣ и тѣ, которыя ставятъ себѣ цѣлью иные интересы людей, религіозные, общежительные, научные художественные, воспитательные и проч.

Этого рода институты могутъ носить характеръ установленій публичныхъ и частныхъ. Тамъ, гдѣ они суть публичные, ихъ строеніе, задачи, опредѣляются легальными нормами публичнаго права (см. выше). Долгое время и для тѣхъ случаевъ, когда союзы съ такими цѣлями возникали по частной иниціативѣ, юридическое положеніе ихъ упрочивалось утвержденіемъ ихъ уставовъ Высочайшей властью. Въ настоящее время множество дозволенныхъ (съ полицейской точки зрѣнія) союзовъ съ указанными цѣлями регулируютъ свою дѣятельность уставами или правилами, исходящими отъ тѣхъ вѣдомствъ, къ коимъ подобныя установленія имѣютъ по своей задачѣ ближайшее отношеніе. Уставы этого рода для обществъ ученыхъ, художественныхъ, наконецъ, для общественныхъ собраній разнаго типа, помѣщаются съ начала 60-хъ годовъ въ Собраніи узаконеній и даютъ, съ цивилистической точки зрѣнія, крайне разнообразные конструктивные типы [1]).

---

[1]) См. для общественныхъ собраній, именуемыхъ клубами, очень интересную въ юридическомъ смыслѣ и живо написанную работу г-на Гордона,— „Наши общественныя собранія (клубы) съ точки зрѣнія юридической. С.-Петербургъ. 83 г.“; тамъ же небольшая предшествующая литература и выдержки

Намъ остается, въ заключеніе, сказать, въ чемъ собственно наиболѣе желательны и настоятельны улучшенія нашего союзнаго права? Отвѣтомъ на это должна служить вся предпринятая нами работа по этому предмету. Мы всю ее выполняли такъ, чтобы было видно, какія формы обособленной правоспособности знаетъ западная и наша жизнь, какъ возникаетъ, обособляется, знаменуется, прекращается союзная личность. Изъ сопоставленія, котораго мы держались до сего, ясно, что мы находимся въ той порѣ, когда необходимо развитіе союзнаго права, что основы его заложены въ нашемъ прошломъ столь же прочно, какъ и на западѣ.

Въ чемъ же разница, и чего и гдѣ слѣдуетъ искать намъ, чтобы разница эта, если она не въ нашей выгодѣ, была устранена?

Прежде всего насъ не можетъ не поразить крайняя скудость нормъ *нашего гражданскаго кодекса* въ области проблемъ союзнаго права. Въ этомъ отношеніи мы не ушли впередъ отъ тѣхъ недостатковъ, которые отмѣчены еще Неволинымъ. Общихъ нормъ не только мало. *Для договорнаго товарищества ихъ вовсе нѣтъ въ т. X. ч. I.* Это не есть вопросъ о союзной личности, но не имѣя никакихъ положеній для *договорнаго товарищества* въ составѣ общаго права, мы прямо лишены возможности указать легальную границу союзнаго права безличнаго и обособленно-личнаго или корпоративнаго. Здѣсь, такъ сказать, пустота въ нашемъ главномъ источникѣ. Восполнить ее нечѣмъ. И это порокъ не нашего юридическаго сознанія, а именно легальнаго кодекса, который именуется гражданскимъ, и стало быть, для состава этихъ понятій долженъ дать все, что нужно. Такъ какъ союзные договоры у насъ идутъ наравнѣ, какъ вездѣ, и сейчасъ въ общемъ сознаніи вовсе не мыслятся какъ ненужные, то законодательство, изъ какихъ бы то ни было рессурсовъ, должно указать намъ нормы договорнаго товарищества, чтобы устранить неестественный пробѣлъ въ составѣ нашего легальнаго матеріала

За этимъ уже многое станетъ яснымъ. Договоры товарищества могутъ быть такими, которые не обособляютъ личности союза отъ товарищей, но даютъ, однако, союзамъ нѣкоторыя, болѣе или менѣе выраженныя черты корпоративнаго строя правоотношеній, особенно для внутреннихъ разсчетовъ. Образцы та-

---

изъ уставовъ. Характерная черта устройства нѣкоторыхъ нашихъ общественныхъ собраній та, что они сочетаютъ цѣли, положимъ, увеселительныя съ цѣлями благотворительными весьма на широкую руку (стр. 6), иногда дѣловыми (стр. 7-я и дальн.).

вого эфекта договора легко найти въ нынѣ дѣйствующихъ западныхъ системахъ, какъ это было указано нами выше.

За этимъ главнымъ и поразительнымъ недостаткомъ нашего гражданскаго кодекса слѣдуетъ отмѣтить другія невыгодныя особенности господствующаго союзнаго права.

Неволинъ справедливо замѣчаетъ, что въ послѣдніе годы царствованія Александра I и Николая I было учреждено множество компаній на акціяхъ, и для каждой такой компаніи разсматривались не только подробности предпріятія, но каждый разъ особо *и самыя основанія*, на коихъ оно утверждается; между тѣмъ, продолжаетъ Неволинъ, *сіи основанія*, при всемъ различіи частностей, могутъ и должны быть единообразны. Въ виду сего и было выработано *общее положеніе о компаніяхъ на акціяхъ*, которое въ 1836 году и введено въ дѣйствіе, чтобы доставить *всѣмъ отрасямъ промышленности сколь можно больше свободы въ движеніи и развитіи* (Ист. Рос. Гр. Зак. § 457).

Съ начала 1863 г. не одни союзныя предпріятія этого рода, но и масса другихъ развилась въ нашей законодательной практикѣ въ большомъ обиліи. Мы ихъ видѣли выше. Между тѣмъ, общихъ нормативныхъ законовъ для нхъ дѣятельности, какими было въ свое время положеніе объ акціонерныхъ компаніяхъ, не прибавилось въ X т. ч. I нисколько [1]).

Съ другой стороны, невозможно утверждать ни по нашему опыту, ни по опыту нашихъ сосѣдей, чтобъ *концессіонный способъ* разрѣшенія компаній и товариществъ былъ единственнымъ наилучшимъ для доставленія *всѣмъ отрасямъ промышленности сколь можно больше свободы въ движеніи и развитіи*. И объ этомъ многое было сказано выше. Наконецъ, тотъ *способъ оглашать* возникновеніе, измѣненіе, прекращеніе союзныхъ предпріятій, какого держится наша практика до сего времени (сравни Уст. Торг. ст. 67, 68, 69, 70, 80, 86, т. X, ч. I, 2131 и примѣч. 2141, 2153 примѣч,, 2191, 2196, 2197), уступилъ, какъ было видно выше, давно уже общему способу оглашенія всѣхъ этихъ событій и всѣхъ измѣненій состава союзовъ чрезъ судебные реестры.

Выше были приведены: а) образцы положеній договорныхъ

---

[1]) Таковыя есть для отдѣльныхъ видовъ кредитн. установленій въ Уставѣ Кредитномъ, разд. X, ст. 11, 27, 40—42 и 56; но и это не нормативные законы, а только шаблоны, облегчающіе канцелярскую практику по дѣламъ союзовъ и товариществъ. То же въ XI т. ч. 2-ой въ Уст. Торг. поразительно скудныя отжившія свое время положенія о товариществѣ полномъ (ст. 70 и слѣд.), на вѣрѣ (ст. 81 и слѣд.) и объ артеляхъ (ст. 89 и слѣд.), ср. тоже т. X, ч. I, ст. 2126—2137.

товариществъ, b) нормативные законы, обнимающіе цѣлые типы союзныхъ формъ капиталистическихъ, c) также такъ назыв. soc. à capital variable или Erwerbs- u. Wirthschaftsgenossenschaften разнаго назначенія, d) указаны судебные способы регистраціи всѣхъ событій, важныхъ для юридической опредѣленности существованія обособленно-личныхъ союзовъ всѣхъ типовъ, наконецъ, e) переданы проекты общихъ положеній для граждански правоспособныхъ союзовъ вообще.

Этимъ мы заканчиваемъ наше ученіе о юридическомъ лицѣ въ современныхъ системахъ.

ОТДѢЛЕНІЕ ВТОРОЕ.

УЧЕНІЕ О ВЕЩАХЪ.

§ 38.

Вещи въ культурно-историческомъ процессѣ. — Особенности латинскаго и современнаго права въ строеніи понятія вещи.—Терминологія въ разныя эпохи римскаго права, въ западныхъ системахъ и въ русскомъ правѣ, старомъ, и въ дѣйствующемъ законодательствѣ.—Имущество и его составъ.—Вещи и правоотношенія.—Имущество въ экономическомъ и юридическомъ смыслѣ.

Понятіе вещи, обособленнаго объекта внѣшняго міра, взятое въ этомъ смыслѣ и только, конечно, не было бы связано съ историческими фазами, которыя проходитъ жизнь культурныхъ обществъ. Земля, вода, воздухъ, камень, плоды земли, рыбы, птицы и т. д. существуютъ совершенно внѣ связи съ потребностями въ этихъ предметахъ людей. Въ смыслѣ естественнаго, природнаго явленія и самъ человѣкъ будетъ, взятый независимо отъ *культурныхъ воззрѣній той или другой исторической эпохи*, представлять собой такой же объектъ внѣшняго міра, такую же вещь, какою намъ являются и другія вещи внѣшняго міра.

Однако, нѣкоторыя свойства вещей въ этомъ смыслѣ, связанныя именно съ ихъ природой, оказываютъ вліяніе на роль или значеніе, которое будетъ принадлежать имъ и *какъ предметамъ обладанія людей*. Это сказывается на нѣкоторыхъ послѣдующихъ квалификаціяхъ вещей именно съ этой точки зрѣнія.

Но на ряду съ натуральными свойствами вещей онѣ пріобрѣтаютъ, соотвѣтственно воззрѣніямъ на нихъ той или другой культурной эпохи, такое множество свойствъ новыхъ, *вовсе не опредѣляемыхъ ихъ природой*, что натуральныя свойства вещей ухо-

дятъ при этомъ на второй планъ и уступаютъ мѣсто этимъ опредѣляющимъ значеніе вещей *взглядамъ даннаго общества*. Тѣ самыя земли, воды, камни, животныя, которыя въ природномъ смыслѣ остаются всегда тѣми же, могутъ, подъ вліяніемъ извѣстныхъ воззрѣній на нихъ, перейти изъ круга простыхъ предметовъ матеріальнаго пользованія въ кругъ вещей совсѣмъ недоступнымъ обладанію, священныхъ, завѣтныхъ, способныхъ стать развѣ только предметомъ поклоненія, а отнюдь не матеріальнаго пользованія ихъ естественными свойствами.

Съ этимъ первымъ *вліяніемъ* на свойства вещей *воззрѣній человѣческихъ обществъ* связано, съ одной стороны, стѣсненіе, а съ другой, расширеніе круга вещей, способныхъ представлять собою интересъ обладанія, которое вовсе не дано ихъ внѣшней природой и опредѣляется именно воззрѣніями людей.

Достаточно отмѣтить однѣ эти черты, опредѣляющія *кругъ вещей и ихъ свойства* съ точки зрѣнія обладанія ими, со стороны воззрѣній на нихъ людей, чтобы понять до какой степени непостоянна, измѣнчива, *способна къ развитію*, вмѣстѣ съ успѣхами культуры, и эта сторона нашихъ юридическихъ построеній, т.-е. *объектъ права*.

Казалось бы, на этой пассивной, матеріальной, вещной сторонѣ отношенія долженъ лежать моментъ постоянства, однообразія, неизмѣнности, чѣмъ именно и надлежало бы отличать неодушевленную природу отъ живого и культурнаго активнаго дѣятеля, отъ человѣка. Между тѣмъ, нѣтъ. И на этой сторонѣ также ложится черта той же культуры, та же *историческая печать*, какая лежитъ на его хозяинѣ.

Опредѣлить свойство культуры даннаго общества, угадать ея историческую ступень возможно также безошибочно, вглядываясь въ самого хозяина, какъ и въ тотъ кругъ вещей, который входитъ въ сферу его хозяйства.

Эта общая исходная точка въ изученіи той стороны юридическаго отношенія или субъективнаго права, къ разсмотрѣнію которой мы имѣемъ перейти, освѣтитъ намъ путь и порядокъ изученія того, что въ общемъ смыслѣ мы называемъ объектомъ права, объектомъ права гражданскаго, въ разныя эпохи его развитія, для разныхъ его системъ и институтовъ, лучше всякой другой. *Это историческое освѣщеніе вопроса объ имуществѣ*, о вещахъ въ гражданскомъ смыслѣ.

Мы не будемъ разрабатывать историческую сторону этого вопроса въ смыслѣ исчерпывающемъ содержаніе всѣхъ видоизмѣненій въ понятіи вещей, въ ихъ кругѣ, категоріяхъ, какія

представляетъ собою римская или новая исторія гражданскаго права. Это имѣютъ выполнять историки права. Но разбирая данныя нашего дѣйствующаго права, мы настолько же дадимъ мѣсто историческому критерію въ этомъ анализѣ, насколько давали ему мѣсто при изученіи понятія лица.

Выше было видно, что историческія эпохи (общія и главнѣйшія) въ развитіи системъ гражданскаго права и его институтовъ представляютъ намъ сферы то болѣе узкаго правообщенія (племеннаго, національнаго, частью исповѣднаго), то болѣе широкаго (международнаго, универсальнаго). Таковы системы, отдѣльные институты. Таковы въ этихъ системахъ лица съ ихъ правоспособностью, таковы же *имущества и вещи съ ихъ юридически опредѣленной оборотоспособностью*, т.-е. *своего рода гражданской правоспособностью*, но не въ активномъ какъ лицо, а *въ пассивномъ смыслѣ*.

Содержаніе дѣйствующаго X т. въ ученіи о вещахъ такъ скудно, въ то время какъ жизнь представляетъ такое разнообразіе и богатство вопросовъ обладанія вещами, что развѣ только при помощи сопоставленія универсальной латинской и современныхъ національныхъ системъ мы будемъ въ состояніи обнять это богатство и разнообразіе вещей, входящихъ въ кругъ нашего обладанія, и опредѣлить различную ихъ гражданскую оборотоспособность.

Въ условіяхъ современнаго состоянія системъ гражданскаго права не легко подмѣтить какія либо общія характерныя черты, коими опредѣлялось бы въ этомъ отношеніи различіе права римскаго и правъ современныхъ. Повсюду, подъ вліяніемъ рецепціи или подъ болѣе далекимъ вліяніемъ иноземныхъ кодификацій, мы легко замѣтимъ однѣ и тѣ же черты опредѣляющія понятія вещи, объекта обладанія. Однако, *для различныхъ ступеней* въ исторіи праворазвитія возможно, независимо отъ скудости, обилія и разнообразія объектовъ гражданскаго оборота, указать еще черту отличія нашего права отъ римскаго, замѣтную и по первому впечатлѣнію. Это именно — сравнительное обиліе у насъ *вещей сложныхъ*, *Sachgesammtheiten*, и напротивъ, преобладаніе вещей простыхъ въ латинскомъ обмѣнѣ [1]).

Итакъ, скудость объектовъ на низшихъ, и обиліе на высшихъ ступеняхъ культуры, сложность состава нашихъ объектовъ и простота ихъ въ латинскомъ правѣ даютъ намъ черты, въ

---

[1]) Это замѣчаютъ многіе историки германскаго права, Гирке особенно, тоже и догматики, Dernburg, Preus. Pr. R.

извѣстной степени соотвѣтствующія господству формъ коллективнаго правообладанія у насъ, сравнительно съ чисто индивидуальнымъ у римлянъ, и вмѣстѣ съ этимъ менѣе распространенной оборотности вещей (своего рода дѣеспособность) на низшихъ и болѣе распространенной оборотности на высшихъ ступеняхъ культуры гражданскаго права.

Соотвѣтственно этимъ различіямъ легко замѣтить очень значительную разницу *въ терминологіи* для обозначенія объектовъ гражданскаго права въ системѣ латинской, въ системахъ западныхъ и нашей.

Мы начнемъ съ этого пункта.

Въ классической терминологіи видны признаки очень рано опредѣлившагося противуположенія абстрактнаго понятія лица абстрактному понятію вещи. Это противуположеніе есть совершенно прямое и рѣзко выраженное. Латинскому термину res въ римскомъ правѣ даютъ примѣненіе не только для круга вещей, состоящихъ въ оборотѣ и обладаніи людей, его примѣненіе расширяютъ на отношенія властныя, и въ силу этого объектъ супружеской власти, uxor (стоящая подъ властью мужа), причисляется юристами къ ceterae res. Затѣмъ, терминъ res находимъ въ примѣненіи къ предметамъ вовсе не имѣющимъ признаковъ предѣльности и осязательности, которые несомнѣнно приличествуютъ обладанію юридическому, особенно въ первоначальномъ его развитіи (Гай I, 111, l. 2, § 1 D. de rer. div. 1, 8).

И такъ, у римлянъ res суть и тѣ предметы, которые по свойству своему, по природѣ, неспособны быть чьими либо исключительно. Наконецъ, въ позднѣйшую эпоху терминъ этотъ получаетъ двоякое примѣненіе, къ вещамъ *тѣлесныхъ*, qvae tangi possunt, и *безтѣлесныхъ*, qvae tangi non possunt, каковы собственно не вещи, а права, сервитутное, обязательственное, наслѣдственное (Гай II, 14).

Все это понятія и явленія хорошо знакомыя изъ самыхъ начальныхъ ученій латинской системы. Для насъ здѣсь важно заключить, что *однимъ терминомъ*, въ самыхъ разнообразныхъ его примѣненіяхъ, обозначается въ латинской техникѣ все, что классики хотятъ обнять въ представленіи *пассивнаго элемента юридическаго отношенія* или субъективнаго права, любые объекты, не выключая и тѣхъ, которымъ хотятъ дать значеніе вещей или объектовъ не индивидуальнаго, а общаго обладанія или пользованія, въ самыхъ широкихъ, даже уходящихъ изъ области частнаго права предѣлахъ.

Эта общность одного термина въ указанномъ примѣненіи со-

отвѣтствуетъ такому же общему термину въ смыслѣ активномъ. Лицо и вещь,—вотъ два противулежащихъ, общихъ и техническихъ понятія, изъ коихъ слагаются конкретныя правоотношенія у римлянъ.

И тотъ и другой терминъ, въ разныя эпохи, далеко не тождествененъ въ примѣненіи къ явленіямъ жизни. Въ раннюю пору на всѣхъ проявленіяхъ правосознанія лежитъ грубый матеріальный чеканъ, который лишь современемъ сглаживается. По отношенію къ терминологіи то же самое слово пріобрѣтаетъ позже болѣе свободный отъ матеріи, одухотворенный, такъ сказать, смыслъ (res incorporalis).

Въ чисто цивильномъ примѣненіи, однако, *старые* термины, *лицо*, *вещь*, сохраняютъ смыслъ строгаго абстрактнаго противуположенія одинъ другому, и одинъ терминъ какъ другой удерживаютъ характеръ формальныхъ, чисто-юридическихъ, законченныхъ, понятій, соотвѣтствующихъ двумъ моментамъ гражданскаго правоотношенія, активному и пассивному.

Въ *позднѣйшей* терминологіи, преторской вообенности системы, появляется и принимаетъ очень широкое примѣненіе другой терминъ для обозначенія того же пассивнаго момента юридическаго отношенія Въ немъ нѣтъ такого строгаго техническаго смысла, какой отличаетъ терминъ res. Этотъ новый терминъ, bona, добро, Güter, biens, не носитъ на себѣ такого характера абстрактнаго противуположенія субъекту, лицу, какъ терминъ res. Здѣсь слышится несомнѣнный отпечатокъ *личнаго къ объекту отношенія владѣющаго*. Мы уже тутъ какъ бы на склонѣ къ фактическому, матерьяльному, сложному явленію обладанія, общенародному пониманію права, а не тому строгому, общему, абстрактному, какое свойственно старой системѣ кваратскаго формализма. Здѣсь не та абстрактная юридическая техника. И эти явленія правосознанія и соотвѣтствующей ему терминологіи много ближе подходятъ къ намъ, чѣмъ прежній латинскій формализмъ.

Разсматривая *современную терминологію*, мы видимъ повсюду или латинскія вліянія, дающія ту же строгую, точную раздѣльность, формальную, чисто-юридическую обработку понятіямъ, или еще большую нерасчлененность, матерьяльность, „жизненность“ явленій и терминомъ, чѣмъ въ извѣстномъ общенародномъ латинскомъ обиходѣ. *Code civil* знаетъ хорошо терминъ chose (choses volées et perdues), употребляемый въ самомъ общемъ смыслѣ. Однако, въ заглавіи 2-й кн. это не chose, не res, не отдѣлъ de rebus, a de la distinction *des biens* и т. д., *les biens* sont meubles et immeubles (art. 516, хотя тоже и choses art. 551). Точно то же и

въ примѣненіи къ такимъ *biens*, qui n'appartiennent pas à des particuliers (537), наконецъ, и для *biens* vacans (539, какъ и у римлянъ).

То же самое, но много шире, въ примѣненіи къ объекту права у *нѣмцевъ*, гдѣ Sache, какъ и chose, встрѣчается, въ нѣкоторыхъ кодексахъ, подъ вліяніемъ латинской терминологіи въ очень широкомъ примѣненіи; но въ массѣ случаевъ уступаетъ мѣсто наименованію такого же матеріальнаго типа какъ bona, biens, въ терминѣ Gut, Güter, Vermögen (patrimoine).

Въ *русскомъ* правѣ, старомъ, легко замѣтить ту же *двойственность* терминологіи, общей, искусственной, абстрактной, и рядомъ съ ней идущей терминологіи конкретной, приближающейся къ матеріальному, природному различенію вещей. Очень долгое время абстрактная, юридическая терминологія остается *книжной*, уступая въ жизни мѣсто наименованіямъ предметовъ обладанія по свойству этого обладанія, по свойствамъ ихъ матеріальнымъ, по способу пользованія ими.

И такъ, въ Кормчей книгѣ, въ лѣтописяхъ, въ старинныхъ актахъ, особенно касающихся имуществъ церковныхъ установленій, издавна встрѣчаются наименованія предметовъ обладанія терминомъ *вещь*, *неподвижныя вещи*, *недвижныя*, *двигомыя и недвигомыя* [1]). На ряду съ этимъ однако, рѣшительно преобладающее въ *обыденной рѣчи*, въ законѣ и въ практикѣ, употребленіе имѣютъ термины—земля, вода, рыбныя ловли, лѣса, бортн, земли орамыя, угодья, села, деревни, вотчины, помѣстья, дворы, лавки, и съ другой стороны — товаръ, животы, челядь, куны, деньги и *масса иныхъ конкретныхъ способовъ обозначенія* вещей.

Столкновенія наименованій обѣихъ категорій идетъ на памяти исторіи все время, и хотя несомнѣнно съ нѣкоторымъ развитіемъ въ дальнѣйшемъ языка техническаго насчетъ обыденнаго, но длится и въ дѣйствующей русской системѣ.

Для старины мы отмѣтили столкновеніе терминовъ переводныхъ съ греческаго и мѣстныхъ. Въ теперешней терминологіи легко замѣтить въ группировкѣ понятій вещнаго права вліяніе французскаго кодекса, но все же преобладающей остается исторически сложившаяся техника.

Названіе объекта права *вещью* не выдержано и переходитъ отъ чисто-техническаго къ обыденному и ненадежному въ смыслѣ точности (ст. 538 обрѣтеніе вещей и другихъ движимыхъ иму-

[1]) Неволина—Истор. Гр. Зак. 57 г. ч. 2-я § 218 пр. 27 и 28.

ществъ; ст. 416 наличное имущество составляютъ: земли, домы, капиталы, вещи).

Нѣтъ сомнѣнія, что излюбленное наименованіе объекта гражданскаго правообладанія составляетъ терминъ — *имѣніе, имущество*. Его избралъ для терминологіи Свода гр. Сперанскій какъ наиболѣе общее въ нашей рѣчи и близко соотвѣтствующее французскому термину biens, сохранившееся и въ нѣмецкой рѣчи— die Habe (тоже bona, facultates, Vermögen, точнѣе—добро, благо, вытѣснившее старинное avoir, tout son avoir. И такъ, X т. ч. 1 говоритъ о разныхъ родахъ *имуществъ* (разд. I кн. 2-я), de la distinction *des biens* (тит. I кн. 2-я С.с.); тамъ же *имущества* суть движимыя и недвижимыя (383), tous les *biens* sont meubles ou immeubles. Соотвѣтственно французскому дѣленію des biens dans leur rapport avec ceux qui les possèdent (указ. кн. tit I ch. III), нашъ сводъ дѣлитъ *имущества* на государственныя, удѣльныя, разныхъ установленій, общественныя и частныя (кн. 2 разр. I гл. 2-я). Не только тамъ, гдѣ термины biens, *имущество*, bona, общеупотребительны (имущества выморочныя, ст. 408, biens vacants et sans maitre, des personnes qui décèdent sans héritiers art. 539), но и тамъ, гдѣ законъ указываетъ res nullius, никому не принадлежащія вещи, онъ все же предпочитаетъ держаться излюбленнаго термина *имущество*, слѣдуя и здѣсь французскому образцу (ст. 406).

Нынѣшніе нѣмецкіе систематики ищутъ сколь можно точнѣе установить и общіе признаки объектовъ права, особенно частнаго, и наиболѣе соотвѣтствующую существу дѣла терминологію. И такъ, для объекта права гражданскаго можетъ служить терминъ *Vermögen*, близкій къ нашему термину *имущество*. Но что слѣдуетъ разумѣть подъ имуществомъ въ смыслѣ юридическомъ и именно цивильномъ? Въ этомъ терминѣ прежде всего выражена *связь нѣкотораго объекта съ лицомъ*, онъ не есть въ той мѣрѣ чисто предметный, какъ терминъ вещь. Затѣмъ Vermögen, имущество, представляетъ собою *понятіе сложное* и именно въ этомъ смыслѣ технически употребляемое у нѣмцевъ и въ нашемъ законодательствѣ. Это особенно ясно въ примѣненіи къ имуществу выморочному (ст. 1263), къ имуществу безвѣстно отсутствующаго (т. XVI п. 1 Уст. Гр. Суд. ст. 1451), къ имуществу малолѣтняго („управленіе имуществомъ опекаемаго"), при чемъ въ составъ *имущества* входятъ во всѣхъ этихъ случаяхъ *всѣ юридическія отношенія*, принадлежащія къ составу этого цѣлаго, не активъ только, но и пассивъ такихъ имуществъ, осо-

бенно *конкурсной массы* (т. X ч. I ст. 698 и 10, т. XVI Уст. Гр. Суд. ст. 21 и друг.).

Наша терминологія, однако, зная хорошо употребленіе понятія *имущество для комплекса* гражданскихъ правоотношеній извѣстнаго типа, пользуется безразлично тѣмъ же терминомъ *и для отдѣльныхъ вещей*, входящихъ въ составъ этого цѣлаго (имѣніе или имущество благопріобрѣтенное, родовое, ст. 397, 398, 399).

Во всякомъ случаѣ этотъ терминъ, очень ходячій *для обозначенія цѣлаго*, состава правоотношеній гражданскихъ съ ихъ пассивной стороны, несомнѣнно настолько же пригоденъ для этой цѣли, насколько терминъ лицо пригоденъ для обозначенія совокупности гражданскихъ правоотношеній со стороны активной.

Въ составъ понятія цивильной личности какъ цѣлаго входитъ масса отдѣльныхъ его правомочій; и точно также въ составъ понятія имущества входитъ масса отдѣльныхъ объектовъ, коими опредѣляются гражданскія правоотношенія со стороны пассивной. Вотъ эти *отдѣльныя составныя части имущества удобно именовать вещами вообще*.

Чтобы достигнуть большей точности въ терминологіи, нѣкоторые нѣмецкіе юристы настаиваютъ на томъ, что не вещи собственно образуютъ имущество лица, что составъ имуществъ въ юридическомъ смыслѣ опредѣляется правоотношеніями. Такимъ образомъ, все, что я имѣю *въ смыслѣ юридическомъ*, опредѣляется не вещью или услугой, на которую я притязаю, а правоотношеніемъ моимъ или къ любому кругу лицъ, который воздерживается отъ нарушенія моихъ притязаній къ вещи, или къ извѣстному лицу, обязанному мнѣ дѣйствіемъ, услугой. Это справедливо, ибо наше отношеніе, напр., къ вещи, въ юридическомъ смыслѣ, представляетъ собою именно *исключеніе господства другихъ*, а не опредѣленіе способовъ ее утилизировать. Въ этомъ собственно и заключается *формализмъ* цивильныхъ правоотношеній *любого типа*. Разъ, однако, принявъ это за несомнѣнное, мы лишь упростимъ обороты нашей рѣчи, когда будемъ *гражданскія правоотношенія разнаго типа* обозначать посредствомъ ихъ результатовъ, вещь моя, мое требованіе, а не посредствомъ факторовъ, коими этотъ результатъ достигается.

Говоря объ имуществѣ, о вещи, въ юридическомъ, *въ цивильномъ смыслѣ*, мы, во-первыхъ, отличаемъ это понятіе отъ того же термина, употребляемаго экономистами. Регельсбергеръ правильно замѣчаетъ, что мы не знаемъ, въ системѣ цивильнаго

права, Weltvermögen, Nationalvermögen [1]). Это для насъ богатство, достояніе, національное, міровое, а не опредѣленная *юридически* сфера исключительнаго личнаго обладанія.

Съ другой стороны, и въ имуществѣ личномъ есть много факторовъ, которые опредѣляютъ его такъ или иначе въ экономическомъ смыслѣ, и которые ровно ничего не измѣняютъ въ содержаніи имущественныхъ отношеній въ смыслѣ юридическомъ. Это страна, въ которой очень развитъ кредитъ, очень простъ и легокъ обмѣнъ имуществъ, ихъ оборотность, но это ничего не измѣняетъ *въ формальной природѣ* имущественныхъ правоотношеній.

Далѣе, *экономическій* результатъ даннаго состава имущества, отношеніе его актива и пассива рѣшаетъ весь вопросъ о состоятельности или несостоятельности *его обладателя*, но не измѣняетъ, силой этого обстоятельства, вопроса о *юридической принадлежности* даннаго *имущества*. Имущество остается юридически связаннымъ съ опредѣленнымъ субъектомъ, хотя экономически въ немъ нѣтъ никакого актива, никакого положительнаго экономическаго содержанія, хотя оно составляетъ въ итогѣ чистый нуль для его хозяина. Такой *экономически отрицательный* составъ имущества не только продолжаетъ существовать, но способенъ стать предметомъ передачи, напр., въ составѣ наслѣдства (hereditas damnosa) [2]).

Очевидно и здѣсь въ строеніи института сказывается опять не только лично, но и соціально-служебная функція имущества, коего принадлежность лицу и связь отдѣльныхъ элементовъ въ нѣкоторое цѣлое продолжается и тогда, когда она уже не нужна, не интересна для его обладателя, а необходима лишь въ цѣляхъ извѣстности и постоянства гражданскихъ правоотношеній вообще.

Изъ этого достаточно ясно, какими признаками мы разли-

---

[1]) См. особ. Brinz, Lehrbuch I B., 2-e Aufl. § 124; Regelsberger, Pandekten I B. § 95. Виндшейдъ, какъ извѣстно, ставитъ ученіе о вещахъ въ систему вещныхъ правъ, Bürgerl., Gesetzb. §§ 90—104, говоритъ: Вещи въ легальномъ смыслѣ суть только тѣлесные предметы (§ 93).

[2]) Классическая литература даетъ намъ образцы и экономическаго и юридическаго значенія термина bonum. Такъ Юлій Павелъ говоритъ: bona intelliguntur cujusqve, qvae deducto aere alieno supersunt (l. 39 § 1 D. 50, 16). Тоже у Яволена: proprie bona dici non possunt, qvae plus incommodi qvam commodi habent (l. 83 D. eod.). Это смыслъ термина экономическій, матеріальный. Помпоній говоря, что hereditas можетъ быть и damnosa, толкуетъ — *juris enim nomen est*, sicuti *bonorum* possessio (преторская система, l. 119 de V. S.). По этому же вопросу, Ульпіанъ прибавляетъ sive solvendo sunt *bona*, sive non sunt, sive damnum habent, sive lucrum., in hoc loco proprie *bona* appellabantur (l. 3 pr. D de B. P. 37, 1).

чаемъ понятіе имущества въ экономическомъ и юридическомъ смыслѣ.

Съ другой стороны, указывая въ составѣ имущества *вещи*, мы опять беремъ, для нашихъ цѣлей, далеко не всѣ физическія свойства ихъ, какъ существенныя для права. Здѣсь также *переработка* простого *естественнаго явленія для цѣлей юридическихъ*, какъ и въ строеніи активной стороны правоотношенія, въ понятіи лица. Для свойства личности, которое принадлежитъ человѣку, въ юридическомъ смыслѣ вполнѣ безразличны тѣ или другія его моральныя или физическія особенности; и совершенно также для юридической квалификаціи вещи могутъ не имѣть никакого значенія весьма многія ея физическія свойства. Въ абстрактный составъ понятія лица, какъ и понятія вещи вводится только нѣкоторая доля дѣйствительнаго содержанія понятій человѣка и вещи (ср. отчасти Гирке D. Pr. R. § 31).

Установивъ, такимъ образомъ, *юридическій смыслъ* понятій имущества и его составныхъ частей, вещей, и терминологію сюда относящуюся въ разныхъ системахъ, мы имѣемъ данныя, чтобы точнѣе опредѣлить *примѣненіе понятія вещи къ конструкціямъ* собственно *цивилистическимъ*.

§ 39.

Различіе правоспособности (пассивной) вещей.—Общій историческій процессъ расширенія круга объектовъ частнаго обладанія и ихъ оборотоспособности.— Соотвѣтствіе расширенію право- и дѣеспособности лицъ. — Особыя условія эманципаціи и мобилизаціи вещей. — Комплексы вещей новаго типа.

Извѣстно, что не все что римляне именовали вещами, res, res corporales, и что мы называемъ физическими тѣлами, способно составлять объектъ правоотношеній. Затѣмъ, не всѣ вещи, имѣющія эту способность вообще, способны быть предметами правоотношеній одного типа. Въ числѣ вещей *вообще правоспособныхъ* найдутся такія, которыя, какъ (въ извѣстномъ смыслѣ) и нормы, регулирующія правоотношенія, пригодны ad utilitatum singulorum, т.-е. могутъ быть предметомъ частнаго юридическаго господства, принадлежать отдѣльнымъ лицамъ, входить въ составъ ихъ имуществъ. Но наряду съ этимъ множество вещей, правоспособныхъ вообще, или вовсе не могутъ быть предметомъ исключительнаго частнаго господства, или могутъ составлять предметъ юридическихъ притязаній отдѣльныхъ лицъ только частичныхъ, или совокупныхъ, а не полныхъ и исключительныхъ. Мы сейчасъ

пересмотримъ эту любопытную категорію вещей не столько *приватно-*, сколько *публично-правоспособныхъ* (пассивно, конечно).

Наконецъ, латинская система выдѣлила еще категорію имуществъ, тоже пріемлющихъ юридическія опредѣленія, но опять особаго типа, не свѣтскаго, профаннаго, а священнаго, сакральнаго.

Въ извѣстномъ соотвѣтствіи съ показанными нами выше видоизмѣненіями правоспособности въ активномъ смыслѣ развивалась и преуспѣвала, *въ системѣ цивильныхъ правоотношеній*, исторически, и другая сторона того же правоотношенія, объективная или пассивная. Между право- и дѣеспособностью субъекта и способностью быть предметомъ цивильныхъ притязаній и цивильнаго обмѣна всегда видны нѣкоторыя черты соотношенія и взаимности. Въ этихъ явленіяхъ не трудно различить ту же постепенность *расширенія объектовъ частнаго правообладанія*, какую мы отмѣчали выше, разсматривая развитіе активной правоспособности.

Кругъ вещей способныхъ быть предметомъ *общихъ гражданскихъ правоотношеній* исторически также развивается и расширяется отъ партикуляризмовъ, отъ исключительной способности вещей составлять предметъ господства тѣснѣйшихъ круговъ или союзовъ лицъ къ болѣе широкимъ и всеобъемлющимъ. Res mancipi въ Римѣ, въ системѣ квиритизма, составляли объектъ обладанія однихъ гражданъ. Земли, недвижимости, въ средніе вѣка, въ нашей системѣ помѣстнаго землевладѣнія, далеко не составляли общедоступнаго предмета права.

Если эта пассивная правоспособность вещей не вездѣ и не всегда одинакова, то совершенно также и въ такомъ же соотвѣтствіи съ активной дѣеспособностью видны въ различныя эпохи *разныя сферы оборотоспособности вещей*. Это тоже какъ бы своего рода *пассивная ихъ дѣеспособность*, способность быть предметомъ обмѣна. Отъ очень узкой, очень исключительной она становится все болѣе широкой и общей.

Здѣсь повторяется въ частностяхъ тотъ же законъ, который мы выше (см. Введеніе) наблюдали въ общемъ, въ исторіи развитія *институтовъ* гражданскаго права. По мѣрѣ того, какъ обособляется чисто цивильное строеніе института отъ воздѣйствія того или другого круга исключительныхъ воззрѣній (національныхъ, исповѣдныхъ, политическихъ) и смѣшенія съ инородными институтами, объектъ права становится и болѣе правоспособнымъ и болѣе оборотоспособнымъ.

Все, что здѣсь слѣдуетъ намъ замѣтить для различенія этого процесса *эманципаціи объектовъ* обладанія въ отличіе отъ эман-

ципаціи личности заключается въ томъ, что для освобожденія лица нужны внутреннія движущія силы, успѣхи правовоззрѣній людей, разрушающіе старинныя союзныя формы, тогда какъ для эманципаціи объектовъ изъ тѣсныхъ старыхъ рамокъ правообладанія и юридическаго обмѣна, нужна *масса матеріальныхъ, механическихъ условій* (пути, рынки), въ числѣ коихъ одно изъ существеннѣйшихъ составляетъ образованіе и распространеніе особой категоріи вещей, денегъ, денежныхъ знаковъ.

Только при наличности этого агента обмѣна распадаются на части старинные *имущественные комплексы*, составныя части имущественнаго обладанія обособляются, индивидуализируются, совершенно соотвѣтственно тому же процессу въ личной сферѣ, и весь составъ имущества, въ большей или меньшей степени *мобилизируется*, становится предметомъ гражданскаго оборота, все болѣе расширяющагося, чисто цивильнаго и свободнаго.

Эти опредѣлившіяся свойства вещей составляютъ, такимъ образомъ, наряду съ образовавшейся чисто-цивильной личностью, оба главнѣйшіе момента необходимые для образованія въ новыхъ экономическихъ условіяхъ чисто цивильныхъ институтовъ. Если эти индивидуально опредѣленныя лица и обособленныя, оцѣниваемыя на деньги вещи должны входить въ новыя сочетанія, образовывать новые союзы, *новые комплексы вещей*, universitates rerum, то это будутъ сочетанія новаго типа, юридически опредѣленнаго, свободнаго, оцѣночнаго, легко образующагося и разрѣшающагося, а не того стариннаго, вѣковѣчнаго, не разрѣшимаго, трудно опредѣляемаго, неоцѣночнаго, несвободнаго, какой представляли собой прежніе имущественные комплексы владѣльческихъ, свѣтскихъ и церковныхъ, поземельныхъ, привилегированныхъ, неразмѣнныхъ богатствъ.

Намѣтивъ, такимъ образомъ, общій историческій процессъ въ развитіи юридическаго понятія имущества и вещей, мы перейдемъ далѣе къ вопросу о современномъ состояніи юридической способности вещей отдѣльно взятыхъ быть предметомъ частнаго обладанія и обмѣна ихъ или гражданскаго оборота.

§ 40.

Неодинаковая способность „вещей“ быть предметомъ частнаго права и гражданскаго оборота. — *Вещи общія по ихъ природѣ.* — Море, морскіе берега. — Имущества, принадлежащія къ составу государственныхъ въ т. X ч. 1. — Юридическія различія, установленныя французскимъ кодексомъ въ этомъ составѣ имуществъ.—Сооруженія и промыслы.—*Изъятія изъ гражданскаго обладанія по легальнымъ основаніямъ.*—A. Право свѣтское.—Недостатокъ юридической квалификаціи разныхъ видовъ имуществъ общественныхъ въ т. X ч. 1.— Biens communaux publics et privés у французовъ и въ нашемъ законодательствѣ.—Юридическая природа имуществъ, предназначенныхъ для общаго пользованія. — Контроверзы въ нѣмецкой юридической литературѣ. — Выходъ изъ трудной проблемы.—B. Право церковное: I. Res ecclesiasticae. II. Res sanctae, benedictae и проч. въ современномъ правѣ. — Отдѣльные виды ограниченной экстракоммерціанальности въ современныхъ системахъ.

Въ современномъ правѣ, совершенно такъ, какъ въ системѣ классическаго права, не все, что можно именовать вещью, тѣлеснымъ объектомъ, обладаетъ тѣми свойствами, которыя необходимы, чтобъ вещь стала объектомъ *частнаго права и свободнаго оборота.* Въ сложномъ ученіи о полной непримѣнимости къ нѣкоторымъ объектамъ началъ исключительнаго обладанія, о примѣненіи къ другимъ болѣе или менѣе стѣсняющихъ такое обладаніе вещами и ограничивающихъ въ той или иной мѣрѣ оборотоспособность ихъ нормъ, большую услугу можетъ оказать почтенная работа Ваппеуса „Къ ученію о вещахъ, изъятыхъ изъ гражданскаго оборота“. Спеціально по вопросу о предметахъ священныхъ написанъ трактатъ Мейрера [1]). Заслуга Ваппеуса заключается въ томъ, что вмѣсто стараго и довольно безжизненнаго способа опредѣлять категоріи вещей оборотныхъ или внѣоборотныхъ, онъ тщательно сталъ изучать *частности* этихъ общихъ латинскихъ категорій вещей, подобно тому (хотя безъ тѣхъ же признаковъ колоссальной учености), какъ Гирке изучалъ разнообразіе союзныхъ формъ. Въ результатѣ Ваппеусъ даетъ намъ цѣлую скàлу *различій*, такъ сказать, *количественныхъ, коими опредѣляется бóльшая или меньшая степень внѣоборотности вещей.*

Эта постепенность въ развитіи пассивной правоспособности разныхъ вещей для гражданскаго обмѣна приводитъ насъ въ гораздо болѣе близкое прикосновеніе съ нашей исторической дѣйствитель-

[1]) Wappäus, Zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen nach römischen u. heutigem R. (67 r.). Meurer, Begriff u. Eigenthümer der heiligen Sachen (1885).

ностью, съ различными эпохами общаго культурно-историческаго, особенно экономическаго развитія европейскихъ обществъ, которыя, какъ было сейчасъ показано, такъ же отражаются на этой пассивной сторонѣ обмѣна, какъ и на развитіи активной правоспособности субъектовъ гражданскаго права, Нѣмецкая литература даетъ не только такія работы общаго содержанія, но и много трудовъ, освѣщающихъ частные вопросы этого рода *для вещей внѣоборотныхъ*, предназначенныхъ для общаго пользованія, для отдѣльныхъ ихъ видовъ. Два-три десятилѣтія назадъ теоретическая разработка этихъ проблемъ почти вовсе не интересовала юридическую литературу. Теперь этотъ кругъ задачъ привлекаетъ много вниманія юристовъ.

Римляне примѣняли общій, часто неюридическій терминъ res къ такимъ матеріямъ, которыхъ мы не называемъ вещами (вещества, тѣла), правда, для того лишь, чтобъ отвергнуть ихъ способность быть предметомъ исключительнаго господства. Таковы вообособенности *вещи общія* (res communes omnium), атмосферный воздухъ, море, морскіе берега, рѣки (большія). Основаніе неспособности здѣсь лежитъ *въ природѣ самой вещи*. Неспособность къ исключительному обладанію не мѣшаетъ, однако, общему пользованію ими; наоборотъ, общее пользованіе именно обезпечивается невозможностью подчинить эти объекты чьему-либо исключительному господству [1]).

Вопросъ объ исключительномъ правѣ на море для отдѣльныхъ государствъ принадлежитъ современному международному праву. Если римляне относили моря и берега морскіе къ res communes omnium, согласно самой природѣ этихъ вещей [2]), то средніе вѣка, вопреки этой природѣ и несмотря на ученія романистовъ,

[1]) Повидимому, можно бы вовсе не касаться этого круга предметовъ, такъ далеко отстоящихъ отъ вопросовъ права. Что всякій можетъ дышать, пить, существовать,—это не даетъ основы для особыхъ правъ такого содержанія. Разъ пользованіе вещами общими всѣмъ не даетъ основы для какихъ-либо юридическихъ построеній, юристы могли бы оставить его совершенно въ сторонѣ. Однако, на этомъ фонѣ понятій чуждыхъ права тѣмъ отчетливѣе у классиковъ обрисовывается подлинная природа институтовъ юридическихъ. Пользованіе, Genuss, которое Ihering кладетъ въ основу всѣхъ юридическихъ построеній, въ массѣ случаевъ и особенно въ разсматриваемомъ примѣненіи остается, какъ чисто фактическій моментъ, внѣ вопросовъ права. Начало юридическихъ построеній не тамъ, гдѣ есть связь лица съ вещью (гдѣ ея нѣтъ?), а тамъ, гдѣ необходима опредѣленность отношеній лицъ одного къ другому въ видахъ обладанія вещами. По существу въ правѣ раскрывается намъ именно Machtbegriff, вопросъ воли, обладанія, а не утилизаціи матеріи. Такимъ образомъ, для картины юридическихъ отношеній эта *рамка вещей всѣмъ общихъ*, которую дали намъ классики, далеко не есть излишняя.

[2]) L. 2 D. de rer. div. 1, 8; Ульпіанъ въ l. 13 § 7 D. de injur. 47, 10 говоритъ: et qvidem mare commune omnium est, et litora, sicuti aër; Цельзъ иначе *о морскихъ берегахъ*, l. 3 pr. D. ne qvid in loco publ. 43. 8. litora, in qvae populus romanus imperium habet, populi romani esse arbitror.

представляютъ постоянныя притязанія могущественныхъ торговыхъ республикъ на исключительное господство то той, то другой частью моря [1]).

Въ новое время, послѣ знаменитаго трактата Гуго Гроція [2]) эти средневѣковыя воззрѣнія уступаютъ постоянно почву, въ интересѣ *всемірнаго общенія* народовъ, высокому культурному принципу римскаго права mare commune omnium est sicuti aer, и нынѣ не только частныя лица [3]), но ниже государства не отстаиваютъ болѣе принципа исключительнаго господства надъ морями.

Такимъ образомъ, проф. Мартенсъ, въ извѣстныхъ предѣлахъ, совершенно основательно настаиваетъ на томъ, что вопросъ о свободѣ открытаго моря не есть установленный только природой вещи, а вообособенности *сознаніемъ народовъ*, что море есть та *естественная* (NB) связь, которая соединяетъ ихъ всѣхъ, ... какъ членовъ международнаго общества [4]).

Эти воззрѣнія имѣютъ, очевидно, свое основаніе только для *открытаго моря*. Наоборотъ, моря закрытыя, т.-е. не составляющія естественной связи членовъ международнаго общества, представляютъ собою такое же исключительное достояніе государствъ, какъ и территоріи, которыя ихъ окружаютъ.

На ряду съ этими вопросами международное право опредѣляетъ особо юридическое положеніе морей территоріальныхъ, берегового моря, проливовъ, рѣкъ, текущихъ въ предѣлахъ разныхъ государственныхъ территорій. Натурально, юридическія положенія, опредѣляющія взаимоотношенія членовъ международнаго союза по этимъ объектамъ обладанія или пользованія, не составляютъ предмета права гражданскаго, а установляются территоріальной властью государства и нормами международнаго права. Не менѣе того дѣйствующій нашъ гражданскій кодексъ въ нѣкоторыхъ своихъ положеніяхъ примѣняетъ *понятіе имущества* государственнаго безразлично къ податямъ и пошлинамъ (407), къ вновь открываемымъ землямъ и островамъ (409), къ *морскимъ берегамъ* (406), судоходнымъ рѣкамъ (тамъ же) и самымъ разнообразнымъ доходнымъ статьямъ, составляющимъ казенную собственность (тамъ-же). Связать всѣ эти виды облада-

---

[1]) Венеція притязала на Адріатику, Генуя на Лигурійское море, Испанія и Португалія на вновь открываемыя моря, Данія на Сѣверное и Балтійское, Англія на четыре моря, омывающія британскіе острова.

[2]) Mare liberum 1609 г. Selden, mare clausum. Ср. Das Europ. Völkerrecht Heffter, изд. Geffken'a, стр. 163 и слѣд.

[3]) Ср. Остз. Код. ст. 1023 для litora maris.

[4]) Современное международное право цивилизов. народовъ § 97.

нія однимъ юридическимъ понятіемъ собственности, хотя бы государственной, очевидно, нельзя. Посему рядъ указанныхъ статей ограничивается указаніемъ *на принадлежность* ихъ къ составу имуществъ государственныхъ, не квалифицируя ближайшимъ образомъ юридическаго характера этой принадлежности. Не подлежитъ, однако, сомнѣнію, что *по свойству обладанія* перечисленными видами имуществъ государственныхъ *оно въ юридическомъ смыслѣ весьма различно.* Французскій кодексъ, несомнѣнно оказавшій вліяніе на формулировку указанныхъ статей (воособенности art. 538 и 539), все же даетъ возможность различить неодинаковый юридическій характеръ обладанія отдѣльными видами вошедшихъ въ перечень нашей статьи 406-ой и французскаго art. 538 имуществъ.

И такъ, дороги, пути, улицы, содержимыя на счетъ государства, судоходныя и сплавныя рѣки, ... морскіе берега (въ пространствѣ прилива и отлива), порты ...., и вообще всѣ *части французской территоріи*, не допускающія частной собственности, разсматриваются какъ *принадлежность* (comme dépendances) публичнаго обладанія (du domaine public).

Точность формулы французскаго кодекса заключается въ томъ, что „имущества" эти разсматриваются не какъ *никому не принадлежащія* (ст. 406 X т.), а какъ *неспособныя никому принадлежать* воособенности (art. 538).

Такимъ образомъ, наши статьи связываютъ разныя явленія въ одну категорію, въ понятіе *имущества*, съ точки зрѣнія чисто экономической, *матеріальной* (подати, пошлины, вымороченныя имущества, морскіе берега, судоходныя рѣки). Французскій кодексъ внутри тѣхъ же (отчасти) видовъ имуществъ, отмѣчая воособенности ихъ *юридическую* квалификацію, различаетъ *способность и неспособность быть предметомъ права частнаго.* Различіе права публичнаго (domaine public) и частнаго у французовъ проведено такъ, гдѣ и намъ надлежало бы его проводить.

Мы здѣсь остановились на одномъ пунктѣ, на неспособности нѣкоторыхъ вещей (воздухъ, море, берега моря, судоходныя рѣки) быть предметомъ частнаго права, которую римляне основывали *на ихъ природѣ.*

Въ частности современную юридическую литературу интересуютъ вопросы частнаго обладанія для такихъ частей моря, особенно прилегающихъ къ берегу, гдѣ возможны нѣкоторыя публичныя и частныя *сооруженія или промыслы.* Упражненіе такого промысла или устройство сооруженія (добываніе янтаря, рыболовство, проложеніе кабеля и т. п.), нѣтъ сомнѣнія, допу-

скаетъ въ нѣкоторыхъ предѣлахъ исключительное господство и примѣненіе началъ права частнаго, съ модификаціями соотвѣтствующими различію условій мѣстности (открытое море, береговое; о промыслахъ во внутреннихъ водахъ особо; ср. для примѣра т. XII Уст. Сельс. хоз., ст. 267, 268 и слѣд.). Вообще же исключительное господство надъ вещами общими этого типа уподобляется праву собственности на дикаго звѣря, которое прекращается въ ту минуту, когда потеряна фактическая власть надъ этой стихійной силой.

Натурально, всякій разъ, когда вещь, неподлежащая нашему обладанію по ея природнымъ свойствамъ, преобразуется *въ покорную человѣку силу*, отводы водъ въ вододѣйствующія сооруженія, въ каналы, резервуары, сжатый воздухъ, дѣйствующій помощью извѣстныхъ приспособленій электрическій токъ и проч., юридическое свойство такого обладанія тотчасъ же измѣняется, вещь въ этихъ предѣлахъ перестаетъ быть общею всѣмъ, допускаетъ въ той или другой мѣрѣ господство частное, частное право и его нарушеніе [1]).

Мы сейчасъ указали, разбирая составъ ст. 406, 409, на особое свойство имущества, не связанное именно съ его природой (какъ въ вопросѣ о воздухѣ, о морѣ), и не менѣе того не допускающее частнаго обладанія имъ. Это категорія вещей *по ихъ назначенію неспособныхъ подчиняться приватному исключительному господству*. Основанія этой неспособности очень различныя. Также различно и юридическое положеніе подобныхъ вещей. Такихъ *имуществъ* много въ любомъ развитомъ гражданскомъ быту. Но ни терминологія, служащая для отличія ихъ отъ другихъ, ни воособенности черты, опредѣляющія ихъ юридическое строеніе, нигдѣ не выработаны съ достаточной ясностью. Тутъ нѣтъ предѣла контроверзамъ.

Цѣлые классы подобныхъ вещей группируются въ латинской терминологіи *по основаніямъ, кои служатъ для ихъ изъятія* или изъ частнаго обладанія вообще, или изъ свободнаго гражданскаго оборота, *на двѣ категоріи*, на вещи публичныя, res publicae, которыхъ юридическую позицію опредѣляетъ законъ свѣтскій, власть государственная, и на res divini juris, судьбу коихъ опредѣляютъ законы божескіе.

Это противуположеніе божескаго, публичнаго и частнаго права вполнѣ характерно для латинской системы. У насъ, наряду съ этимъ, свойство обладанія вещами и ихъ оборотоспо-

[1]) См. Dernburg, Deutsche Juristzeitung 96 и 97 гг.; въ союзный совѣтъ былъ внесенъ проектъ закона для преслѣдов. противуправнаго захвата электрической работы.

собность опредѣлялось и опредѣляется частью и теперь еще особыми нормами разныхъ соціальныхъ группъ, племенныхъ, сословныхъ, профессіональныхъ, исповѣдныхъ.

И такъ, есть имущества, которыя должны, въ разныхъ цѣляхъ, составлять достояніе государства, быть общественными, принадлежать городу, установленію, церкви, или вращаться въ тѣсномъ кругу профессіональныхъ, сословныхъ группъ, а отнюдь не подлежать дѣйствію общихъ нормъ гражданскаго права въ смыслѣ ихъ принадлежности или оборота съ ними.

Мы возьмемъ впередъ группу вещей ограниченныхъ въ правообладаніи или оборотѣ

А, *по закону свѣтскому.*

Эти группы извѣстны нашему закону. Ихъ знаютъ и другія законодательства. Есть между вещами, относимыми, особенно въ нашей легальной систематикѣ, къ имуществамъ общимъ, такія, которыя собственно *могутъ быть и частными.* То обстоятельство, что онѣ принадлежатъ государству, обществу, не кладетъ на нихъ особаго юридическаго отпечатка. Казна государственная, лѣса казенные, земли, заводы, оброчныя статьи (ст. 406), по своей природѣ и юридическому строенію, суть такіе же предметы обладанія, собственности, пользованія, отчужденія, какъ и частныя имущества подобнаго рода. Для опредѣленія ихъ юридической природы нѣтъ никакой нужды выдѣлять ихъ въ особую категорію, развѣ для вопросовъ управленія ими чрезъ офиціальныхъ агентовъ.

На ряду съ этимъ къ вещамъ принадлежащимъ государству нашъ законъ относитъ *публичныя зданія, площади, улицы* (сюда-же можно отнести всѣ вещи опущенныя нашей статей 406 и взятыя въ составъ art. 538 С.с.), *большія дороги и другія тому подобныя, также и движимыя имущества къ нимъ принадлежащія* (406 ст.). Что можетъ и должно быть отнесено къ *тому подобнымъ* имуществамъ,—это вопросъ неисчерпаемый. Существенно только, чтобы *подобіе* опредѣлялось въ виду опредѣленнаго *юридическаго* типа имуществъ, большая дорога, площадь, а не *любого типа,* какъ въ статьѣ 406, гдѣ, съ одной стороны, судоходныя рѣки, съ другой, пустопорожнія земли, казенный заводъ, которые способны быть не только казенными, но и частными.

Имущества этого типа, именно *общественныя,* могутъ принадлежать не только государству, но и городу. Западныя законодательства относятъ къ нимъ зданія городскихъ, сельскихъ школъ, больницъ, тюремъ, зданія для помѣщенія правительственныхъ мѣстныхъ установленій, мѣстные пути сообщенія, улицы, площади,

водопроводы, водостоки, biens communaux (art. 542), а не любыя доходныя статьи, могущія принадлежать общинѣ (каменоломня, городской лѣсъ). Французы называютъ первую группу достояніемъ общиннымъ *публичнымъ*; вторую — достояніемъ общины *приватнымъ*. Однако, тѣ и другія имущества подчинены во Франціи (1712, 2227), какъ и у насъ, спеціальной регламентаціи. Знаетъ ли наше право имущества этого типа? Это несомнѣнно, и это можно доказать наличностью отдѣльныхъ опредѣленій, касающихся этого типа имуществъ, но въ *общей группировкѣ имуществъ* (т. X ч. I ст. 413, 414) они также мало разработаны и обособлены *юридическими признаками*, какъ и указанныя выше имущества государственныя (ст. 406).

Какія именно имущества городовъ и селеній суть имущества *общественныя* (biens communaux publics), изъятыя изъ гражданскаго оборота, это ясно изъ отдѣльныхъ законоположеній, не введенныхъ въ составъ т. X ч. I.

Приведемъ, для примѣра, типическіе виды имуществъ общественныхъ, какъ они опредѣлены въ актахъ позднѣйшаго законодательства.

Городовое положеніе 11-го іюня 92 года въ 2-хъ статьяхъ, 7-ой и 8-ой, опредѣляетъ, въ 7-ой статьѣ, *общую гражданскую правоспособность городовъ*, по силѣ коей, въ отличіе отъ особаго права обложенія принадлежащаго городамъ (ст. 9), городъ *пріобрѣтаетъ, отчуждаетъ, ищетъ, отвѣчаетъ на судѣ на основаніи общихъ гражданскихъ законовъ* (съ соблюденіемъ правилъ, установленныхъ для казенныхъ управленій), въ статьѣ 8-ой перечисляетъ цѣлый рядъ предметовъ *принадлежащихъ городскому населенію*, которые, *оставаясь городскою собственностью, состоятъ въ общемъ пользованіи* (см. Св. Зак. въ одн. кн. вып. I столб. 160). Что же находимъ въ этомъ перечетѣ? *Земли, назначенныя по городскому плану подъ площади, улицы, переулки, тротуары, проходы, бечевники, ... пристани и набережныя, ... пролегающія черезъ городскія земли водяныя сообщенія*. Законъ не прибавляетъ и *тому подобныя*, хотя здѣсь такая прибавка была бы болѣе умѣстна чѣмъ въ ст. 406 т. X ч. I, ибо взятыя въ составъ статьи 8-ой имущества достаточно *типичны* для указанной выше *юридической* квалификаціи, *городская собственность состоящая въ общемъ пользованіи*, biens communaux publics (съ этимъ положеніемъ полезно сопоставить собранныя гг. Цвѣтковымъ и Гожевымъ къ понятію *имущества общественнаго* статьи разныхъ частей нашего законодательства; указанное сейчасъ положеніе статьи 8-ой см. у Гожева подъ

№№ 1745 и слѣд.). Если въ кругъ предметовъ *общаго пользованія* по городовымъ положеніямъ 70 и 92 гг. введены земли *назначенныя для общаго пользованія*, тогда, понятнымъ образомъ, оставаясь *собственностью городовъ*, эти земли *не могутъ быть отчуждаемы городскимъ общественнымъ управленіемъ безъ соотвѣтственнаго, съ утвержденія надлежащей власти, измѣненія въ планѣ города* (ср. Сборн. Гожева № 1748; компетенцію, очень различную, для вопросовъ этого рода указываетъ въ Город. Пол. 92 г. ст. 79, прим. 1-ое, частью 2-ое и 3-ье).

Другой категоріи вещей, которыя, принадлежа союзу лицъ, вовсе не вынуты изъ гражданскаго оборота (biens communaux privés), мы здѣсь не касаемся.

Мы имѣемъ, такимъ образомъ, въ составѣ нашего законодательства, образцы понятій соотвѣтствующихъ особому виду вещей въ латинской системѣ, вещей публичныхъ, предназначенныхъ для общественныхъ цѣлей, для публичнаго пользованія, res publicae publico usui destinatae.

Вещи подобнаго рода, для опредѣленія ихъ юридической или цивильной природы, могли бы подлежать обработкѣ въ составѣ гражданскаго кодекса. Нѣкоторыя изъ нихъ, но весьма немногія, встрѣчаются въ нашемъ т. X ч. I-й. Таковы *межи генеральнаго межеванія* (ст. 563, полосы земли, составляющія отрѣзки отъ сосѣднихъ дачъ, въ размѣрѣ отъ одной до трехъ саженъ), судоходныя и сплавныя рѣки (въ разныхъ мѣстахъ), извѣстное пространство берега рѣкъ и озеръ для бечевой тяги судовъ и для причала погонщиковъ, рыболововъ и обсушки сѣтей, большія дороги (право участія общаго 434, 435, 436, 441), выгоны (1474, 1376).

О нѣкоторыхъ имуществахъ этого рода законодательство наше даетъ совершенно опредѣленныя указанія, не оставляя сомнѣній о ихъ юридической природѣ.

Межи вынуты вовсе изъ предметовъ гражданскаго обладанія, и въ виду *публичнаго интереса* всей задачи опредѣленія границъ смежныхъ дачъ, не способны стать предметовъ завладѣнія частнаго по давностному сроку [1]) (ст. 563). Значительно труднѣе опредѣленіе юридическаго свойства того обладанія, которому под-

---

[1]) Мы видѣли частью выше и увидимъ полнѣе впослѣдствіи, что генеральное межеваніе разсматривалось *не какъ обыкновенное челобитчикова дѣло, а какъ задача пользы государственной*, вслѣдствіе чего не подлежало обыкновеннымъ для гражданскихъ актовъ пошлинамъ.

лежатъ судоходныя рѣки, ихъ берега, большія дороги, площади, улицы, выгоны, мѣста отводимыя подъ кладбища [1]).

Нашъ законъ мѣстами прямо опредѣляетъ юридическую позицію этихъ вещей понятіемъ собственности государственной, общественной и даже частной. Такимъ образомъ, не только вопросъ о бечевникѣ, но и о большихъ дорогахъ разрѣшался въ смыслѣ принадлежности ихъ прилегающимъ къ нимъ землевладѣльцамъ на правѣ частной собственности (Анненковъ указ. мѣста стр. 361). Нечего говорить, что наименованіе *собственности* общественной, городской, государственной, для указанныхъ выше *публичныхъ вещей*, назначенныхъ для общаго пользованія, примѣнялось безъ всякой оговорки или ближайшаго истолкованія *самого понятія права собственности* въ его примѣненіи къ сему случаю.

Потребность юридическаго опредѣленія вещей этой категоріи занимаетъ далеко не нашу только цивилистическую литературу. Особенно счастливымъ для разъясненія юридической природы обладанія вещами публичными былъ извѣстный случай срытія крѣпостныхъ сооруженій Базеля, подавшій поводъ къ процессу Базеля—города и Базеля—земства (Baselland). Какого свойства было это обладаніе, какимъ оно стало по упраздненіи крѣпости, это вопросъ, который серьезенъ и важенъ для юриспруденціи какъ принципіальный, ибо случаи такого превращенія вещей суть безпрерывные въ юридической практикѣ, при упраздненіи, или измѣненіи направленія дорогъ, находящихся въ общемъ пользованіи, общественныхъ сооруженій, площадей и проч. Участіе въ разъясненіи вопроса приняли виднѣйшіе нѣмецкіе юристы начала 60-хъ годовъ, частью и много позже поддерживавшіе каждый свое мнѣніе въ этомъ вопросѣ [2]).

---

[1]) Это вопросы очень контроверзные въ нашей литературѣ и практикѣ. Я не считаю удобнымъ ихъ здѣсь исчерпывать, тѣмъ болѣе что подробное изложеніе этой стороны дѣла читатель найдетъ въ Системѣ Анненкова т. I, 94 г., стр. 351—368. Тамъ-же любопытная контроверза юристовъ по вопросу, какія рѣки суть судоходныя и сплавныя, и какія нѣтъ. Теперь многія стороны труднаго вопроса освѣщаются съ исторической и практической точки зрѣнія въ спеціальномъ изслѣдованіи В. И. Курдиновскаго „Къ ученію о легальныхъ ограниченіяхъ права собственности на недвижимость въ Россіи". Одесса, 1899 (см. особ. гл. II §§ 1 и 2). Къ этому предмету мы обратимся еще разъ впослѣдствіи въ ученіи о вещныхъ правахъ по недвижимостямъ въ Особенной части курса.

[2]) Общія литературныя указанія можно найти въ указанномъ выше трактатѣ Wappäus'a, для позднѣйшаго времени у Виндшейда, Бринца, Регельсбергера, Дернбурга и у другихъ пандектистовъ. Очень подробно на этомъ вопросѣ останавливается *Бекеръ* System des heutigen Pandektenrechts § 77 Beil III.

Если законъ даетъ намъ указанія на свойство этого обладанія, именуя его *собственностью* городской (см. выше ст. 8 Город. Пол.), *имуществомъ* государственнымъ (ст. 406 т. X ч. I), *принадлежностью земли*, то все же этой терминологіи далеко недостаточно для надлежащаго опредѣленія юридической природы обладанія. Не только наша терминологія, далеко не выдержанная [1]), но и латинская не всегда даетъ твердую опору для конструктивныхъ цѣлей.

Итакъ, опредѣляя юридическую природу принадлежности вещи лицу понятіемъ права частной собственности, мы предполагаемъ прежде всего способность отдѣльно взятой вещи быть предметомъ исключительнаго личнаго обладанія. Для этого понятія существенны не только нормальныя функціи гражданскаго оборота, пріобрѣтеніе самой вещи въ частную принадлежность, но и дальнѣйшія, обширныя права пользованія вещью, пріобрѣтеніе плодовъ вещи, если она есть плодоприносящая, эксплоатація ея иными способами, напр., для цѣлей кредита, огражденіе обладанія ею фактическими и юридическими средствами. Наконецъ, совершенно также характерно для понятія права собственности и способы его прекращенія. Если вещь составляетъ собственность, то прекращеніе ея, независимо отъ иныхъ основаній, не можетъ быть произведено общественной властью иначе, какъ за опредѣленное вознагражденіе.

Не столько техническія наименованія права, сколько именно эти отдѣльныя функціи вещи въ гражданскомъ быту способны дать намъ надежное представленіе о юридическомъ свойствѣ обладанія ею.

Что же находимъ мы въ мало выработанномъ нашемъ правѣ по отношенію къ юридическимъ функціямъ вещей, предназначенныхъ для общаго пользованія?

Можетъ ли частное лицо *владѣть* этими вещами, какъ мы владѣемъ вещами способными составлять предметъ собственности, площадью, рѣкой, выгономъ, кладбищемъ? Будетъ ли такое *владѣніе* ограждено владѣльческими средствами? Нѣтъ никакого сомнѣнія, что понятіе владѣнія, до какой бы простоты оно ни было доведено, требуетъ прежде всего объекта, способнаго подлежать

---

[1]) Собственность, какъ будетъ позже разъяснено, есть въ дѣйствующемъ Сводѣ и полная и неполная, наконецъ, временная (1706). Термины собственникъ, собственность, употребляются и у французовъ иногда въ замѣнъ *субъекта права*, кредитора, propriétaire de la créance. Примѣненіе этого термина къ явленіямъ до образованія Свода есть еще менѣе надежное, нежели въ составѣ Свода. Техническій смыслъ понятія устанавливается медленнымъ образомъ лишь въ позднѣйшей юриспруденціи.

гражданскому обладанію. Въ юридическомъ смыслѣ понятіе владѣнія также мало примѣнимо къ судоходной рѣкѣ, выгону, кладбищу, какъ къ тѣлу живого человѣка. Если невозможно владѣніе, то возможна ли виндикація такой вещи? Возможно ли владѣніе давностное, ведущее къ пріобрѣтенію права собственности?

Мы не рѣшились бы ниже ставить серьезно этихъ вопросовъ, если бы не формулировка нѣкоторыхъ статей нашего законодательства и не тѣ мнѣнія, которыя поддерживали нѣкоторые изъ нашихъ юристовъ (см. выше указанія Системы Анненкова).

Но мы дѣлаемъ шагъ дальше. Въ наше время всеобщаго задолжанія всѣ виды имущества подвергаются опасности стать предметомъ взыскнаго процесса, если только на нихъ не лежитъ специфической печати нецивильнаго характера обладанія ими, внѣоборотности ихъ. Возможно ли приватизировать эти самыя имущества, чтобы удовлетворить кредиторовъ? Что такія имущества, несущія общественныя службы, сами не могутъ быть средствами удовлетворенія по обязательствамъ, лежащимъ на ихъ обладателяхъ (государствѣ, общинѣ, частныхъ лицахъ),—въ этомъ не можетъ быть сомнѣнія, но въ этой категоріи имуществъ существуютъ такія, которыя способны приносить плоды. Такимъ образомъ не только земли, назначенныя для городского выгона, но и городскія площади, наряду съ ихъ публичнымъ назначеніемъ, способны служить источникомъ городскихъ доходовъ. Точно также рѣки, гдѣ есть промышленная эксплоатація рѣчныхъ богатствъ, берега рѣкъ, насколько пользованіе ихъ растительностью не мѣшаетъ общественно-служебному ихъ назначенію (бечевникъ и проч.), растительность публичныхъ путей, безъ всякаго сомнѣнія можетъ, согласно существующимъ для каждаго рода вещей нормамъ, доставлять выгоды ихъ обладателямъ и служить средствомъ для тѣхъ же цѣлей, для какихъ служатъ любыя имущества чисто-приватнаго типа.

Наше законодательство указываетъ въ отдѣльныхъ случаяхъ именно такіе способы частичной эксплуатаціи вещей, назначенныхъ для общаго пользованія. Таково положеніе для городскихъ выгоновъ, для придорожныхъ владѣльцевъ, для прибережныхъ собственниковъ по отношенію къ растительности на пространствѣ бечевника.

Но заключать отъ этой доходности, совершенно приватнаго типа, къ юридической природѣ самой вещи было бы столь же ошибочно, какъ отъ возможности продать выросшую женщиной косу къ праву собственности человѣка на его тѣло.

Мы поставили выше еще вопросъ о возможности экспропрі-

ацiи такихъ вещей, натурально, въ предположенiи, что къ нимъ примѣнимо понятiе собственности юридическаго лица, государства, города, напр. на публичное зданiе, на площадь, выгонъ, или частнаго человѣка, въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ рѣчь о бечевникѣ. Если бы здѣсь шла рѣчь дѣйствительно о *собственности*, тогда, конечно, вопросъ объ экспропрiацiи и вознагражденiи былъ бы неизбѣженъ. Но такъ какъ ни къ большой дорогѣ, ни къ площади, ни къ выгону и бечевнику, не можетъ имѣть никакого приложенiя понятiе собственности, и эти вещи суть сами назначенныя для общаго пользованiя, то измѣненiе назначенiя площади, для постройки на ней храма, театра, выгона, для расширенiя городского кладбища, бечевника, для проведенiя рельсоваго пути, не предполагаетъ вовсе экспропрiацiи, а лишь замѣну одного вида публичной служебности вещи другимъ.

Что касается въ особенности большихъ рѣкъ, дорогъ, бечевниковъ, въ нашемъ законодательствѣ, то всѣ эти недвижимости, назначенныя для публичныхъ службъ межевыми законами исключались изъ мѣры дачъ при ихъ межеванiи [1]).

Собственно весь вопросъ о юридической природѣ обладанiя недвижимостями изъятыми изъ частнаго обладанiя въ Германiи и возникъ по поводу *прекращенiя* такого назначенiя вещи. Что станется съ землей, на которой лежала публичная служба или тягость, по снятiи съ нея этой тягости, въ указанномъ выше случаѣ съ поземельнымъ участкомъ изъ подъ упраздненныхъ крѣпостныхъ сооруженiй? Этотъ вопросъ имѣетъ широкое приложенiе къ самымъ разнообразнымъ случаямъ перемѣнъ назначенiя вещей.

Въ отношенiи къ рѣкамъ, измѣняющимъ свое теченiе и при этомъ обнажающимъ свое русло и заливающимъ прилегающiя пространства, законодательства старыя и новыя, не исключая и нашего, даютъ опредѣленныя указанiя (о чемъ позже).

Несмотря на явную непримѣнимость къ обладанiю публично-служебными недвижимостями всѣхъ характернѣйшихъ для права частнаго, особенно для собственности, признаковъ, весьма многiе нѣмецкiе видные писатели видятъ здѣсь право собственности [2]), съ тѣми или иными оговорками и модификацiями, недостаточно выпукло опредѣляющими подлинную юридическую природу явленiя.

---

[1]) Истор. Росс. Гражд. Зак. ч. 2-я §§ 348, 349. У римлянъ публичныя рѣки не входили въ modus agrorum, а частныя входили. Теперь еще указан. выше сочин. Курдиновскаго. По вопросу о публичныхъ рѣкахъ для права римскаго особенно проф. Юшкевича. Ученiе Пандектъ о намывѣ и проч. отдѣльные вып. съ 95 г.

[2]) Виндшейдъ, Дернбургъ, Ранда и многiе другiе, см. указ. Виндшейда.

На ряду съ этимъ, однако, другой рядъ писателей ищетъ, главнымъ образомъ на почвѣ пандектнаго права, болѣе или менѣе отчетливо выдѣлить именно не частно-, а публично-правный характеръ всего явленія. Одни полагали въ основу своихъ построеній понятіе *государственнаго верховенства*, коимъ опредѣляется особое свойство правоотношеній, не частно-правнаго, а властнаго, повелительнаго, совсѣмъ отличнаго отъ частнаго права государства къ этимъ недвижимостямъ, характера. Другіе видѣли здѣсь публицистическую собственность (publicistisches Eigenthum). Признать настоящую собственность надъ этими вещами, *пока на нихъ лежатъ публичныя службы*, отказывался и Ihering, допускавшій при этомъ *образованіе чистаго приватнаго права* государства на недвижимость, способную быть предметомъ собственности, *съ той минуты, когда съ нея сняты публичныя службы или тягости*.

Наиболѣе простую и вразумительную конструкцію явленія даетъ французскій кодексъ, который находитъ, что всѣ указанныя выше недвижимости ne sont pas susceptible d'une propriété privée, и составляя portions du territoire français, должны быть разсматриваемы comme dépendances du domaine public. Если, какъ указано выше, многія изъ этихъ вещей не входили въ мѣру размежеванныхъ для опредѣленія частнаго владѣнія дачъ, то нѣтъ сомнѣнія, что эти же точки зрѣнія свойственны указаннымъ выше категоріямъ вещей и въ нашемъ правѣ.

Тамъ, гдѣ извѣстныя пространства землевладѣнія получаютъ такой же характеръ изъятыхъ изъ частнаго владѣнія имуществъ, для какой бы это ни было цѣли, къ нимъ также нельзя примѣнять понятія частной собственности и всѣхъ консеквенцій, связанныхъ съ этой основой конструкціи.

Взглядъ Петра, выразившійся при постройкѣ ладожскаго канала на предназначеніе вещей публично-служебныхъ и подлежащихъ чисто-властному вѣдѣнію государственныхъ органовъ, отнюдь не есть чуждый и современнымъ понятіямъ объ особой природѣ вещей этого рода.

Но разъ съ вещи снята эта тягость общественнаго служенія, какъ вмѣстѣ съ этимъ ей возвращается ея способность подлежать приватному завладѣнію, если этому не противорѣчатъ ея природныя свойства. Въ виду этого, для вещей *возвращающихся въ гражданскій оборотъ*, государство въ правѣ опредѣлять соотвѣтственно ихъ приватизированью, тотъ или другой способъ ихъ обращенія къ этой цѣли. Аналогію для этого легко найти въ положеніяхъ т. X ч. 1 для тѣхъ случаевъ, когда вещь, изъятая

изъ гражданскаго оборота для цѣлей общеполезныхъ, возвращается вновь въ оборотъ по ея ненадобности. Основу для распоряженій того или другого рода даютъ простые принципы финансоваго управленія, въ тѣхъ видахъ, чтобы возвратить въ государственную казну ея рессурсы, поступившіе для операціи извлеченія недвижимостей изъ частнаго владѣнія. Если бы такихъ мѣропріятій не послѣдовало, то, натурально, *казенныя земли пустопорожнія*, не представляя никакихъ препятствій для освоенія ихъ въ частную принадлежность, могли бы стать предметомъ овладѣнія, ограждаемаго всѣми средствами владѣльческой защиты, и пріобрѣтенія въ частную собственность. Нашъ законъ не даетъ этихъ консеквенцій. Но какъ составляющій простую консеквенцію основныхъ принциповъ права, такой способъ пріобрѣтенія признанъ именно во французскомъ кодексѣ (art. 541) и можетъ быть послѣдовательно признанъ и для нашего права.

Разъ вещь изъ внѣоборотной вошла въ кругъ оборотныхъ, какъ къ ней должны быть примѣнены тѣ начала, которыми опредѣляется порядокъ укрѣпленія правъ по недвижимостямъ въ данной мѣстности. И такъ, для вещей изъемлемыхъ изъ частнаго обладанія въ гипотечной книгѣ (если таковыя введены въ данной мѣстности) листъ, гдѣ могла значиться такая недвижимость, долженъ быть закрытъ. Если эта недвижимость вновь входитъ въ кругъ цивильно-правоспособныхъ и оборотныхъ вещей, листъ имѣетъ быть или опять открытъ, или заведенъ вновь.

Что касается юридическихъ средствъ огражденія публично-служебныхъ вещей отъ правонарушеній, то они суть или административно-полицейскія, когда рѣчь идетъ о достиженіи цѣлей общественнаго служенія вещи, или судебныя, въ случаяхъ столкновенія отдѣльныхъ возможныхъ по вопросамъ пользованія вещами притязаній заинтересованныхъ лицъ.

В. Право церковное.

Наряду съ указанными выше основаніями неспособности вещей къ приватному обладанію и обороту латинская система ставитъ какъ особое основаніе экстракомерціальности законъ божественный, *jus divinum*. Оттуда изстари идущая категорія особыхъ вещей, res divini juris [1]).

Тѣ начала, однако, коихъ держалась латинская система въ этомъ вопросѣ, частью вовсе не подходятъ къ воззрѣніямъ но-

[1]) Res divini juris подлежатъ дѣйствію особыхъ нормъ и какъ изъятыя изъ гражданскаго оборота такія вещи nullius in bonis sunt. Эти вещи суть или sacrae (для изъятія коихъ, кромѣ consecratio, нуженъ актъ свѣтской власти), или religiosae, или sanctae (городскія стѣны, ворота) § 7 J. de rer. div. 2, 1. Гай въ Inst. II § 4 и слѣд. и въ l. 1 pr. D. de rer. div. 1, 8.

выхъ народовъ (res sanctae въ латинскомъ смыслѣ), частью подверглись видоизмѣненіямъ, которыя трудно согласовать съ латинскими основами.

Изучая явленія близкаго намъ византійскаго права въ этомъ вопросѣ, одинъ изъ лучшихъ русскихъ изслѣдователей церковно-имущественнаго права [1]) приходитъ къ заключенію, что юстиніановское право идетъ въ разработкѣ церковно-имущественныхъ проблемъ *путемъ компилятивнымъ*, выбирая изъ прежняго права то, что было подходящаго для примѣненія его нормъ къ церкви и ея учрежденіямъ. Это новое законодательство составило въ результатѣ нѣкоторое плохое сочетаніе стараго jus sacrum со свѣтскимъ dominium sub modo. Дальнѣйшее развитіе канонического права привело къ значительнымъ видоизмѣненіямъ старыхъ началъ внѣоборотности объектовъ церковно-имущественнаго права, и въ дѣйствующихъ системахъ слѣды старыхъ воззрѣній на вещи священныя почти совершенно изгладились.

Въ кругу предметовъ церковно-имущественнаго права въ современномъ русскомъ законодательствѣ слѣдуетъ различать:

I. res *ecclesiasticae*, церковныя имущества въ тѣсномъ смыслѣ, т.-е. такіе же матерьяльные рессурсы для поддержки церковныхъ установленій, какими пользуются и другіе общественные союзы для достиженія каждымъ его цѣлей. Сюда принадлежатъ различнаго рода сборы (особенно чрезъ добровольныя приношенія), составляющіе, *по способу производить такія коллекты*, особое право церковныхъ установленій. Наряду съ этимъ церковныя установленія надѣлены въ опредѣленномъ размѣрѣ землями и угодьями, *приписанными къ нимъ* при секуляризаціи церковныхъ имѣній въ прошломъ вѣкѣ и увеличенными позже отдѣльными законодательными актами свѣтской власти (частью въ связи съ задачей межеванія). Такъ какъ свѣтская власть, присвоивая церковнымъ установленіямъ подобныя недвижимости, очевиднымъ образомъ имѣла въ виду обезпеченіе сихъ установленій матерьяльными рессурсами *на вѣчныя времена*, то нѣтъ сомнѣнія, что вопросъ о потерѣ правъ на эти имущества можетъ возникать лишь въ связи съ упраздненіемъ самого церковнаго установленія. Такимъ образомъ, изъ самаго существа такихъ актовъ

[1]) Мы говоримъ о почтенной работѣ проф. Платона Соколова Церковно-имущественное право въ греко-римской имперіи. 1896 г. Читатель найдетъ здѣсь не только очень цѣнные результаты для разсматриваемаго здѣсь понятія вещей, изъятыхъ изъ гражданскаго оборота по особому основанію, но и исторію образованія самыхъ воззрѣній на церковныя вещи какъ священныя. Эта сторона дѣла представляетъ живѣйшій интересъ не только для юриспруденціи, но и съ общей историко-культурной точки зрѣнія.

ассигнованія и приписки недвижимостей къ церковнымъ установленіямъ ясно, что эти надѣлы не могутъ подлежать переходу ихъ въ чьи бы то ни было руки общими способами гражданскаго оборота и воособенности давностнымъ владѣніемъ. Это своего рода *заповѣдныя церковныя имущества*. На тотъ единственный случай, въ которомъ законодатель допускаетъ вопросъ о прекращеніи права церковнаго установленія на приписанный къ нему земельный надѣлъ, именно на случай упраздненія самаго церковнаго установленія, отвѣтъ данъ въ томъ смыслѣ, что и при семъ приписанныя къ церкви земли и угодья *не перестаютъ быть церковными*, а присвоиваются той церкви, къ коей упраздненная церковь будетъ приписана [1]).

Едва ли возможно иное толкованіе ставшихъ въ послѣднее время довольно спорными статей 383 и слѣд. особ. 401 по изд. 76 г., 432 особ. 446 и слѣд. по изд. 99 г. IX т. Св. Зак. (Кас. Рѣш. за 93 г. № 8).

Сопоставить правообладаніе этой категоріей недвижимостей, приписанныхъ къ церковнымъ установленіямъ, будетъ, кажется, правильнѣе съ имуществами, предназначенными государствомъ для цѣлей общественныхъ, чѣмъ съ общимъ поземельнымъ имуществомъ самого государства, къ коему несомнѣнно приложимы общія положенія для владѣнія защищеннаго и для давностныхъ владѣльческихъ способовъ освоенія частными лицами. Къ недвижимостямъ церковнымъ этой категоріи правильнѣе прилагать нормы закона установленныя *для имѣній заповѣдныхъ*, чѣмъ для имуществъ свободныхъ.

II. Другую категорію вещей составляютъ *предназначенныя непосредственно служенію цѣлямъ церковнаго культа* [2]). По юстиніанову праву епископъ, сообщающій храму или богослужебнымъ предметамъ священный характеръ, не располагаетъ вовсе тѣмъ авторитетомъ свѣтской власти, коимъ вынимались въ языческую эпоху res divini juris изъ гражданскаго оборота. Кромѣ вещей священныхъ (res sacrae) и на коихъ есть благословеніе

---

[1]) Вопросъ о частноправномъ характерѣ обладанія недвижимостей принадлежащихъ церкви и особенно о дѣйствіи давности въ этомъ примѣненіи въ недавнее время былъ предметомъ довольно живаго обмѣна мыслей нашихъ юристовъ (Карабеговъ, Давность на церковныхъ земляхъ; Журн. Пет. Юрид. Общ. 94 г. кн. 3—Пахманъ; Русс. Обозр. 94 г. кн. 12—Павловъ; Журн. Мин. Юст. 95 г. кн. 5—Васьковскій; Журн. Юрид. Общ. 95 г. кн. 6—Каминка; въ Суд. Газ. за 94 г. были статьи, и за 95 г. статья г. Карабегова, № 41).

[2]) См. воособенности Ник. Сем. Суворова. Курсъ церковнаго права. Ярославль. 1890 г., стр. 417 и слѣд. (§ 185); также вышеуказан. работу г. Платона Соколова. Теперь Н. Суворова, Учебникъ церковнаго права, изд. 2-е, 1902 г., § 115 и слѣд. и 119 и слѣд., указан. выше, стр. 570 пр. 2-е.

(res benedictae), служащихъ для богослуженія (по каноническому праву), и дворъ церковный, служившій мѣстомъ погребенія вѣрующихъ, почитался тоже освященнымъ вмѣстѣ съ церковью. Въ православной церкви священными и освященными признаются разные предметы служащіе при богослуженіи. Иные же предметы, хотя находящіеся въ храмахъ, но не нужные для священнодѣйствій (деньги) или не нашедшіе еще себѣ употребленія при богослуженіи (свѣчи не поставленныя къ иконамъ), не разсматриваются какъ священные. Эти различія крайне существенны для состава понятія святотатства. Что касается цивильной стороны вопроса, то нѣтъ сомнѣнія, что не только предметы почитанія, каковы иконы, частицы мощей и иные священные предметы, способны составлять предметъ частной собственности, но что и самые храмы могутъ составлять собственность не только государства, но и лично Государя (придворныя церкви), того или другого союза или общества вѣрующихъ, наконецъ, и частныхъ лицъ. Натурально, законъ не допускаетъ юридической силы для тѣхъ актовъ воли собственниковъ, кои несогласны съ назначеніемъ предметовъ этого рода. Устройство домовыхъ церквей разрѣшается духовной властью по соображенію съ достоинствомъ лица испрашивающаго такое разрѣшеніе, и лишь до послѣдовавшей смерти такихъ лицъ, при чемъ вся церковная утварь упраздненной домовой церкви имѣетъ перейти въ собственность церкви приходской.

Что касается кладбищъ, то это суть, съ точки зрѣнія цивильной, недвижимости, предназначенныя для общественной цѣли, и въ этомъ смыслѣ служащія тому общественному союзу, въ интересахъ коего отведена опредѣленная мѣстность, изъятая изъ гражданскаго оборота. Такая служба можетъ быть возложена и на церковную землю.

Въ томъ и другомъ случаѣ церковная власть соотвѣтствующаго исповѣданія вѣдаетъ не только административную и хозяйственную сторону дѣла, но и все, что касается содержанія храмовъ и соблюденія приличествующаго мѣсту благочинія.

Ограниченная оборотоспособность иконъ и другихъ предметовъ почитанія лицъ православнаго и иныхъ исповѣданій заключается въ томъ, что самое мастерство иконописанія подлежитъ контролю, а также публичная торговля предметами чествованія христіанъ не допускается для нехристіанъ [1]). Унаслѣдовавшіе отъ христіанъ идолопоклонники и иновѣрцы, нехристіане, обя-

[1]) Неискусно писаныя иконы отбираются (Уст. пред. прест. т. XIV ст. 95).

заны передавать предметы поклоненія христіанъ въ руки православныхъ въ теченіи 6-ти мѣсяцевъ, подъ опасеніемъ иначе ихъ отобранія (1188 — 1190 т. X ч. 1). Такому же ограниченію обмѣна священные предметы подлежатъ и въ случаяхъ гражданскихъ взысканій постигающихъ имущество несостоятельнаго должника (ст. 1410 и 1411 т. X ч. 1 и 1043 и 1044 Уст. Гражд. Суд.).

Образцовъ частной экстракоммерціальности вещей по самымъ различнымъ основаніямъ можно найти массу въ любомъ законодательствѣ. Ограниченія оборотности идетъ или для опредѣленнаго круга лицъ, или для извѣстныхъ операцій, или для количества превышающаго норму или для извѣстныхъ цѣлей [1]). Они касаются оружія, ядовитыхъ веществъ, фальсифицированныхъ продуктовъ потребленія, зачумленнаго скота, запрещенныхъ книгъ и проч. Въ общецивильномъ смыслѣ эти ограниченія правооборотности представляютъ собою мало поучительнаго. Въ дальнѣйшемъ мы будемъ имѣть въ виду весьма существенныя, именно для общаго цивильнаго обмѣна ограниченія правооборотности нѣкоторыхъ недвижимостей, особенно имуществъ родовыхъ.

Новый нѣмецкій кодексъ въ общихъ положеніяхъ о вещахъ (art. 90—104) вовсе не касается вопроса объ экстракомерціальности вещей и разныхъ ея основаніяхъ, натурально, не потому, что такихъ вещей не знаетъ нѣмецкое право, а потому воособенности, что чисто цивильныхъ нормъ, которыя имѣли бы составить содержаніе имперскаго кодекса, недостаточно для опредѣленія ихъ юридической позиціи, а нормы смѣшаннаго, цивильно-исповѣднаго или цивильно-политическаго характера, удержались въ компетенціи партикулярной, а не имперской общей законодательной власти, кромѣ тѣхъ случаевъ, гдѣ рѣчь идетъ о защитѣ

---

[1]) Нерѣдко трудно угадать поводъ сложной процедуры, которой подвергается ввозъ самаго повидимому невиннаго предмета торга, каковы напр. голуби, коихъ ввозъ изъ-за границы (по нѣсколькимъ Высоч. повелѣн. отъ 90 г.) дозволяется не иначе какъ по сношеніи съ разными министерствами (особенно военнымъ). Основаніе въ томъ, что голуби служатъ для почтовыхъ сношеній, трудно контролируемыхъ и посему далеко небезопасныхъ по отношенію къ непріятельскому лагерю. Нѣмецк. Код. 96 г. не забылъ эту птицу въ своемъ Einführ Ges., гдѣ партикул. законы о захватѣ *чужихъ голубей* bleiben unberührt (art. 136). Также характерна для нашего времени ст. 719, т. X, ч. 1, которая взята въ составъ послѣдняго изд. X т. ч. 1 изъ Высоч. повел. 87 г. апр. 14. Ею опредѣленъ, для случаевъ перехода права собственности и иныхъ правъ на недвижимости въ предѣлахъ *крѣпостнаго района*, обязательное сношеніе присутственныхъ мѣстъ съ комендантомъ крѣпости, который имѣетъ удостовѣрить безпрепятственность съ его стороны къ совершенію акта. Законъ составляетъ короткую переработку нѣмецкаго Rayongesetz'a 1871 г., коимъ нѣмцы ограждали безопасность *своихъ* границъ послѣ произведеннаго ими разгрома Франціи.

страны, какъ, напр., въ указанномъ выше Rayongesetz'ѣ 71 г. и тому подобныхъ.

§ 41.

Главнѣйшія категоріи вещей способныхъ быть предметомъ гражданскаго правообладанія и цивильнаго обмѣна.—Вещи движимыя и недвижимыя.—Расчлененіе понятія недвижимости во французскомъ кодексѣ.—Движимыя вещи въ Code civ. и у насъ.—Экономическое и юридическое взаимоотношеніе того и другого вида имуществъ въ процессѣ историческомъ и въ современныхъ законодательствахъ.

Во главѣ дѣленія вещей по различію ихъ свойствъ, важныхъ для конструкціи гражданскихъ правоотношеній, на отдѣльныя категоріи наше законодательство, буквально слѣдуя французскому образцу, ставитъ различіе вещей (имуществъ) *движимыхъ и недвижимыхъ* (т. X ч. 1 ст. 383, C.c. art. 516). Вслѣдъ за симъ французскій законъ указываетъ на *основанія* для зачисленія отдѣльныхъ объектовъ цивильнаго обладанія въ ту или другую категорію. Этихъ основаній нѣсколько, и нѣтъ сомнѣнія, что каждое изъ нихъ опредѣляетъ собою различіе имуществъ движимыхъ и недвижимыхъ не въ одномъ Code civil. Но нигдѣ эти основанія не расчленены настолько ясно и соотвѣтственно самой цѣли дѣленія, т.-е. формальной извѣстности той категоріи, къ коей въ смыслѣ права надлежитъ причислять ту или другую вещь, какъ именно въ дѣйствующемъ правѣ французовъ.

Эти различныя *основанія* причисленія вещей къ той или другой категоріи у французовъ (и у насъ, какъ сейчасъ увидимъ), суть слѣдующія:

а) вещи суть недвижимыя *по ихъ природѣ*. Сюда идетъ не только поземельный участокъ, но и связанныя съ нимъ постройки, жатва на корню, не снятые плоды съ деревьевъ. Трубы, проложенныя для провода воды, составляютъ часть землевладѣнія, съ коимъ связаны, и суть тоже недвижимости.

Наше законодательство не выдѣляетъ этого основанія для зачисленія вещей въ особую категорію недвижимыхъ *по ихъ природѣ*, но все то, что мы находимъ у французовъ зачисленнымъ сюда, зачисляется сюда же и нашимъ закономъ, но по принципу далеко не тождественному съ французскимъ и не выдержанному вполнѣ. И такъ, недвижимыми имуществами *признаются по закону* земли и всякія угодья, дома, заводы, фабрики, лавки, *всякія* строенія и пустыя дворовыя мѣста, а также желѣзныя дороги (ст. 384).

Нѣтъ сомнѣнія, что рядъ этихъ положеній могъ бы съ успѣхомъ уступить мѣсто французскому положенію, находящему для занесенія этихъ вещей въ категорію недвижимостей не одно легальное основаніе, а самую природу вещи.

Въ дальнѣйшемъ рядѣ статей (386 и слѣд.) мы найдемъ *такія же строенія*, связанныя съ землей какъ у французовъ, каковы церкви, дворы, *мельницы* (ср. Code c. art. 519), мосты, перевозы, плотины, гати, но все это не по тому основанію, какое указано въ ст. 384, *не по закону*, а по свойству этихъ вещей *какъ принадлежностей* населенныхъ недвижимыхъ имѣній. Мы будемъ сейчасъ имѣть случай установить понятіе *принадлежности*, коему никакъ нельзя подчинить указанные въ статьѣ 386 предметы. Здѣсь обратимъ вниманіе только на то, что рядъ положеній о недвижимостяхъ и *принадлежностяхъ земель населенныхъ и ненаселенныхъ*, выраженныхъ въ статьяхъ 385—387, не имѣлъ и прежде значенія *юридическаго разграниченія вещей*, а нынѣ, вмѣстѣ съ уничтоженіемъ понятія населеннаго имѣнія, потерялъ и прежнее свое значеніе.

Юридическаго значенія это дѣленіе не имѣло и въ старину, ибо и въ старину рѣки, озера, пруды, болота, дороги, источники и другія *мѣста* симъ подобныя (ст. 387) не были *принадлежностями* имѣній, а входили *въ ихъ составъ*, нѣкоторыя, по самой природѣ (рѣки, озера), а другія, какъ, напр., дороги (ст. 387), мосты, перевозы, плотины и гати (386), не въ тотъ или другой родъ имѣній (населенныхъ или ненаселенныхъ), а въ любые поземельные участки.

Точно такъ же всѣ *произведенія*, на поверхности земли обрѣтающіяся, и сокровенные въ нѣдрахъ ея металлы (ст. 387) не составляли того, что юристы называютъ *принадлежностью*, а были органическими произведеніями почвы или входили въ ея составъ, и что касается послѣднихъ, были одно время изъяты изъ частнаго обладанія, а затѣмъ вновь соединены съ нимъ. Любая-ли, однако, связь постройки или насажденія съ землей должна опредѣлять собою *составъ* недвижимости? Ст. 95 Имп. Код. 96 г. исключаетъ отсюда то, что связано съ землей для *преходящихъ цѣлей*; таковы растенія въ питомникахъ (Baumschule), въ садовыхъ заведеніяхъ для торга, лѣса, помосты, ярмарочные балаганы и т. под.

И такъ, нѣтъ сомнѣнія, что изъ статей нашего закона легко извлечь буквально тотъ же составъ понятія недвижимости, который опредѣлился въ Code civ. на основаніи *природныхъ свойствъ вещей*, immeuble *par la nature*.

b) Другое основаніе, которое даетъ Code civ. для зачисленія вещей въ категорію недвижимостей есть *ихъ назначеніе* (immeubles par destination, art. 517). Это крайне характерное и въ хозяйственномъ и въ юридическомъ смыслѣ сочетаніе двухъ разныхъ *по природѣ* вещей, которыя ставятся *въ юридическую связь вещи главной и принадлежностной* актомъ воли хозяина, и этой установившейся ихъ связью, или ихъ назначеніемъ, опредѣляется *ихъ юридическое свойство недвижимостей*, хотя по природѣ они суть вещи движимыя.

Въ эту, такъ сказать, подвижную категорію вещей, получающую свойство движимости или недвижимости *по назначенію*, французы вводятъ массу вещей, притомъ, смотря по назначенію самой недвижимости, сельскохозяйственному, промышленному, совершенно разныя вещи. Таковъ рабочій скотъ, сдаваемый собственникомъ фермеру въ составѣ хозяйственнаго землевладѣнія (522), земледѣльческія орудія, сѣмена, солома, навозъ, улья, рыбные пруды, давильни, чаны, кузнечные приборы, принадлежности фабрикъ и проч., опять соотвѣтственно хозяйственному назначенію недвижимости (524). Все это данныя, очень близкія къ вопросамъ фактическаго свойства.

Не французское только право, а несравненно шире и полнѣе право латинское даетъ намъ понятіе о *составѣ вещей сложныхъ*, объ отношеніи одного элемента въ этомъ составѣ къ другому, о связи вещей главныхъ и принадлежностей. Эти же положенія выработаны какъ бы на исторической почвѣ нашего прошлаго права, вѣрнѣе, нашихъ старыхъ указовъ и введены, какъ сейчасъ увидимъ, частью въ составъ положеній о разныхъ родахъ имуществъ (383 и слѣд.), частью позже присоединены и развиты въ положеніи о вознагражденіи за владѣніе чужимъ имуществомъ (ст. 609 и слѣд.).

Но далеко не вездѣ такъ рельефно выдѣляется особый *юридическій характеръ этой связи* двухъ вещей, весь основанный не на природѣ самой вещи, *а на ея назначеніи*, и юридическое послѣдствіе, которое получается отсюда, *иммобилизація* вещи, какъ это видимъ именно во французскомъ кодексѣ.

Мы не входимъ здѣсь въ подробности вопроса о вещахъ главныхъ и принадлежностяхъ, на коемъ будемъ имѣть случай остановиться позже.

c) Французы знаютъ, затѣмъ, имущества, которыя становятся недвижимыми чрезъ приложеніе, *par application*, къ *недвижимости*, каковы повинности, по латыни сервитуты, у насъ права участія частнаго, которыя, будучи собственно res incorporales,

становятся недвижимыми *чрезъ примѣненіе къ недвижимости* (526). Сюда идутъ не только предіальные сервитуты, но и личные, каковъ узуфруктъ. Сюда же идутъ иски, направленные на недвижимости. На связь исковъ съ имуществомъ, на которое иски направлены, даютъ у насъ указаніе въ особенности ст. 417 и 419. Права вещныя, особенно право участія въ чужихъ недвижимостяхъ, подчиняются и у насъ въ отдѣльныхъ случаяхъ нѣкоторымъ особымъ опредѣленіямъ, которыя здѣсь надлежитъ имѣть въ виду. Такимъ образомъ, права угодій, составляющія остатокъ старины, прямо зачислены въ категорію недвижимостей (384); къ фабрикамъ и заводамъ, въ качествѣ ихъ принадлежностей, *приписываются* лѣса, покосы (388). На право имѣть окно въ стѣнѣ, построенной на межѣ, долженъ быть совершенъ крѣпостной актъ (446). Указанная статья требуетъ этого въ виду *уступки правъ собственности* (446, очевидно, *частичной*). То же находимъ для долгосрочныхъ арендъ (1693). Всѣхъ подобныхъ правъ, однако, нельзя сопоставлять съ правомъ собственности на недвижимости. По отношенію къ праву, очевидно, тоже вещному, и тоже на недвижимость, какое имѣетъ золотопромышленникъ на золотой пріискъ, казенный или Кабинета Его Величества, законъ нашъ, однако, прямо выражаетъ, что оно *признается* имуществомъ *движимымъ* (ст. 403). Тутъ рѣшающій критерій есть прямо позитивный, о чемъ сейчасъ же ниже.

d) Наконецъ, послѣднюю категорію недвижимостей французское право (послѣдующее, не содержащееся въ Code civ.) устанавливаетъ *на основаніи закона* [1]). Эту основу группировки т. X ч. I указываетъ въ ст. 384, стало быть тамъ, гдѣ рѣшающій критерій должна бы собственно дать сама *природа вещи*. Въ остальныхъ случаяхъ и у насъ легко угадать *эту именно основу иммобилизаціи* движимостей. Таковы въ особенности указанные въ ст. 391 принадлежности заповѣдныхъ имѣній, состоящія изъ фамильныхъ бумагъ, драгоцѣнностей, произведеній искусства, собраній рѣдкостей, книгъ и проч. (иногда и капиталовъ), *въ актѣ учрежденія имѣній означенныхъ*. Если и не въ качествѣ принадлежности, въ точномъ юридическомъ смыслѣ, ибо здѣсь нѣтъ понятія особой вещи, то въ качествѣ средства осуществлять права, въ тѣсную связь съ недвижимостью должны быть

---

[1]) Французы называютъ эту категорію технически также immeubles par déclaration, ибо для иммобилизаціи ихъ нужно заявленіе (déclaration) собственника. Это привилегіи и фикціи, связанныя съ отдѣльными движимыми цѣнностями, каковы напр., акціи Banque de France, акціи Canal du Midi (Planiol, I n. 822 и слѣд.).

поставлены акты укрѣпленія имущества въ частную принадлежность (390)

Мы имѣемъ, такимъ образомъ, понятіе недвижимости въ отличіе отъ имущества движимаго и вмѣстѣ съ этимъ, *для операцій чисто юридическихъ*, мы, въ извѣстныхъ случаяхъ, иммобилизируемъ движимости, т.-е. подчиняемъ юридическій характеръ обладанія ими нормамъ, существующимъ для недвижимыхъ имуществъ.

На ряду съ этой юридической операціей французское право знаетъ и обратный пріемъ, т.-е. *мобилизацію недвижимостей*, какъ мы это сейчасъ покажемъ.

Мы разсмотрѣли до сего, что и по какому основанію почитается недвижимостью.

Возможно было бы, за симъ, *всѣ иныя* имущества признать движимыми.

Но этого метода не держится ни французское, ни наше право. Очевидно, великое значеніе, которое присвоено этому дѣленію не столько латинской, сколько средневѣковой системой правоотношеній, требуетъ возможно большей точности въ опредѣленіи всего состава и всѣхъ основаній для отнесенія имуществъ въ ту или другую категорію.

И такъ, Code civ. и здѣсь различаетъ *meubles par leur nature* (528) и par la *détermination de la loi* (обязательства, иски на суммы и движимости, акціи и прибыли въ товариществахъ, хотя бы товарищеское имущество было недвижимымъ, ренты art. 529). При этомъ французы различаютъ еще тѣсный смыслъ *meuble*, въ которую не входятъ капиталы и предметы торга (533), и meubles meublants (обстановку жилищъ). Это даетъ больше точности актамъ волеизъявленія, обнимающимъ нерѣдко *всю движимость*, или домъ и движимость (536), которые у насъ невольно открываютъ широкій просторъ недоразумѣніямъ, особенно въ виду нетехническаго употребленія термина *вещь* и *имущество* (всѣ движимыя имущества и денежные капиталы, ст. 398 ср. 441, 402, 534, 535).

И такъ, у французовъ имущества, которыя могли бы *par application*, чрезъ примѣненіе къ недвижимостямъ, считаться также недвижимостями (акціи, паи), *силой закона* отнесены къ движимымъ имуществамъ. Слѣдовательно, вводя въ составъ товарищескаго имущества мою *недвижимость*, я ее этимъ способомъ *мобилизирую*.

Нашъ законъ слѣдуетъ въ опредѣленіи категоріи движимостей простому методу перечисленія. Движимыя имущества суть:

мореходныя и рѣчныя суда всякаго рода, книги, рукописи, картины, всѣ вообще предметы, относящіеся въ наукамъ и искусствамъ, домовые уборы, экипажи, земледѣльческія орудія, всякіе инструменты, матеріалы, лошади, скотъ, хлѣбъ сжатый и молоченый, припасы, выработанныя на заводахъ наличныя руды, металлы и минералы и все то, что изъ земли извлечено (401). Наличные капиталы, заемныя письма, векселя, закладныя и обязательства всякаго рода принадлежатъ къ имуществамъ движимымъ (402). Сюда же идетъ право на золотой пріискъ на земляхъ казенныхъ и Кабинета Его Величества (403).

Извѣстно, что въ средневѣковомъ быту основу довольства составляло землевладѣніе, и около недвижимостей сосредоточивались всѣ вопросы права не только гражданскаго, но и публичнаго. Обладаніе имуществомъ движимымъ не давало этой постоянной и солидной базы общественному и публичному положенію лица или союза. Оттуда эта средневѣковая паремія res mobilis res vilis.

Къ категоріи недвижимостей не любили причислять вещей ненадежныхъ. Только зданіе изъ камня, которое не уступаетъ стихіямъ, составляетъ подлинно недвижимость, такую же постоянную и незыблемую силу, какъ и земля, въ которой, на ряду съ рабочимъ скотомъ, прикрѣплено нерѣдко и ея населеніе. Иммобилизировали въ эту пору все, до самаго человѣка включительно. Только непрочная вещь, ненадежная, постройка изъ дерева, was die Fackel und der Brand hinwegnimmt, не есть недвижимость...

Эти незыблемыя основы средневѣкового господства сеньоровъ были, однако, давно уже потрясены на Западѣ, когда Петръ Великій издалъ свой знаменитый указъ о единонаслѣдіи. Что видитъ Петръ въ этомъ старомъ, переживавшемъ уже въ ту пору свое время порядкѣ вещей? Онъ видитъ въ этомъ классѣ отечественныхъ сеньоровъ людей способныхъ прежде всего къ потребленію, людей, которымъ ихъ размноженіе угрожаетъ въ дальнѣйшемъ бѣдствіями и оскудѣніемъ не для нихъ однихъ, но и для государства и для подданныхъ. Это, въ его глазахъ, классъ людей консумирующихъ богатство страны, не созидающихъ ничего въ замѣнъ для экономическихъ интересовъ государства и общества. Онъ хочетъ старому привилегированному землевладѣнію дать характеръ главнымъ образомъ установленія *публично-правнаго* и вызвать къ дѣятельности въ наукѣ, въ искусствахъ, въ техникѣ, въ производствѣ, внутри этой старой семьи потребителей, уснувшій созидательный, творческій духъ.

Что видимъ мы, съ этой поры, въ нашемъ законодательствѣ по отношенію къ занимающему насъ вопросу?

Въ законодательствѣ, вмѣсто старыхъ основъ хозяйства, мы видимъ движеніе если не прямо къ отмѣнѣ привилегій служилаго класса, то къ разрушенію, особенно въ межевыхъ законахъ, старыхъ основъ общности, вредныхъ для народнаго хозяйства, къ обособленію хозяйственныхъ единицъ и привлеченію *творческихъ силъ къ разработкѣ* скрытыхъ, втунѣ лежащихъ богатствъ, *именно богатствъ движимыхъ.*

Нѣтъ сомнѣнія, что и у насъ, какъ на Западѣ, по мѣрѣ устраненія стараго смѣшенія права публичнаго и частнаго, отмѣны вредныхъ для развитія труда формъ личной зависимости, отношеніе имуществъ недвижимыхъ къ движимымъ, естественнаго богатства къ промышленному измѣняется въ пользу послѣдняго.

Уже въ составѣ X т. мы находимъ на ряду съ опредѣленіями, касающимися населенныхъ имѣній, много другихъ, гдѣ рѣчь идетъ *объ имѣніяхъ ненаселенныхъ.* На ряду съ землевладѣніемъ опредѣляется составъ имуществъ промышленнаго и торговаго типа, фабрикъ, заводовъ, лавокъ, пріисковъ, и при этомъ весь комплексъ вещей, способныхъ быть предметомъ частнаго обладанія, дѣлится на *недвижимости и движимости.*

Мы сейчасъ указали, что движимости могутъ иммобилизироваться, входя въ связь съ постоянными хозяйственными формами эксплоатаціи недвижимостей. Это явленіе понятное и носящее на себѣ еще печать юридическаго господства недвижимости надъ движимостью, свойственнаго особенно средневѣковому быту.

Но Code Napoléon даетъ намъ и обратную конструкцію. Если это возможно, если обмѣнъ способенъ направиться къ тому, чтобъ *мобилизировать недвижимость*, то явно, что и въ кругу вещей, какъ въ кругу лицъ, привилегіи недвижимостей уступаютъ мѣсто равенству, что res mobilis перестаетъ быть res vilis, что завоеваніе началъ равенства въ области *права гражданскаго*, стало быть, *общаго* — обнимаетъ не только кругъ лицъ, но и кругъ предметовъ обладанія.

Даютъ ли, однако, намъ такой же прямой отвѣтъ на вопросъ о *равной правоспособности* вещей другія современныя законодательства, особенно наше, какое даетъ французамъ ихъ Code civil?

Мы видѣли выше, въ исторіи развитія союзныхъ формъ гражданскаго правообладанія, для права нѣмецкаго, образецъ метаморфозы старинной формы коллективнаго обладанія недвижимостями по *реально-раздѣльнымъ* долямъ въ горнозаводскомъ дѣлѣ, гдѣ

каждая доля имѣетъ свой гипотечный листъ въ горнозаводской книгѣ. Тутъ каждый долевой собственникъ обладаетъ, явно, *недвижимостью*, и какъ вымирающая, эта форма держится мѣстами и нынѣ. Чему жъ уступаетъ эта старинная форма въ новыхъ условіяхъ экономическаго и промышленнаго развитія? Мы показали выше, что эти недвижимости, со всѣмъ составомъ правъ участія каждой въ общихъ угодьяхъ, уступаютъ мѣсто новой формѣ правообладанія, гдѣ всѣ реально-раздѣльныя доли недвижимости сливаются въ одно хозяйство компаніи, и вмѣстѣ съ этимъ реально-раздѣльныя права отдѣльныхъ товарищей превращаются въ паи, въ акціи горнозаводскаго предпріятія. Что жъ это значитъ въ юридическомъ смыслѣ? Это и знаменуетъ собою *мобилизацію* стараго обладанія недвижимостями.

Не то же ли самое мы видимъ у насъ въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ реально раздѣльныя части московскаго гостиннаго двора, лавки тамошнихъ торговцевъ, выкупаются капиталистическимъ предпріятіемъ всѣ, безъ остатка, частью добровольно, частью принудительно, и для чего же?

Для того, чтобъ старую привилегированную *недвижимую собственность*, не всѣмъ доступную, замѣнить тѣмъ что средніе вѣка клеймили наименованіемъ res mobilis res vilis, чтобъ въ этомъ смыслѣ *низвести вещи* изъ категоріи привилегированныхъ въ предметы права общаго! И между тѣмъ эта операція въ условіяхъ новой промышленно-хозяйственной эволюціи производится съ совершеннымъ успѣхомъ!

По смыслу своему и значенію *для развитія общаго права* это, конечно, не менѣе знаменательное явленіе нашихъ дней, чѣмъ отказъ именитаго государственнаго мужа Англіи подняться на высоту, очевидно, потерявшую старую заманчивость, достоинства пэра союзнаго королевства и предпочтеніе его остаться на уровнѣ общей политической правоспособности.

§ 42.

Дальнѣйшее дѣленіе вещей въ дѣйствующей системѣ. — Понятіе принадлежности. — Крайнее развитіе этого понятія и источникъ его широкаго примѣненія въ нашемъ кодексѣ. — Смѣшеніе *состава* и *принадлежности*. — Плоды вещи. — Старая и новая точка зрѣнія нашего законодательства въ понятіи плода. — Имущества раздѣльныя и нераздѣльныя.

Дѣйствующее законодательство наше, вслѣдъ за дѣленіемъ вещей на движимыя и недвижимыя, въ той же главѣ (гл. 1

разд. 1 кн. 2), разсматриваетъ категоріи вещей дѣлимыхъ и недѣлимыхъ.

Смыслъ этого различія, какъ извѣстно частью изъ римскаго права, есть весьма различный. Далеко не все, что занимало мысль классиковъ въ вопросѣ о свойствахъ вещей и имуществъ продолжаетъ занимать и современную юриспруденцію.

Въ классической системѣ (на основахъ греческой философіи) дѣлили вещи на: a) *единыя и цѣльныя*, какъ единъ человѣкъ, b) *составныя изъ вещей входящихъ въ этотъ составъ*, какъ зданіе, судно; c) *совокупныя*, гдѣ нѣтъ поглощающаго отдѣльныя части единства или цѣльности, а есть лишь *связь разныхъ* вещей, стадо [1]). Наше право знаетъ тѣ же расчлененія, но не пользуется ни этой терминологіей, ни консеквенціями, которыя извлекаетъ изъ этихъ дѣленій классическая юриспруденція.

Своеобразности далеко отъ классическихъ образцовъ въ вопросѣ о цѣльности и единствѣ вещей, о составѣ ихъ, объ отношеніи вещи главной и принадлежности, о дѣлимости и недѣлимости вещей, о плодахъ вещи, отстоитъ дѣйствующее русское право.

Мы остановимся здѣсь только на тѣхъ различіяхъ вещей въ смыслѣ ихъ единства, состава, взаимоотношенія частей и проч., которыя существенны для пониманія дѣйствующаго нашего права.

Латинская система выработала намъ особыя понятія и особую связь вещей, которая обозначается терминомъ *принадлежность*, подъ коимъ разумѣютъ такую хозяйственную связь *разныхъ* вещей, въ силу которой одна изъ нихъ будетъ главною, а другая или другія служебными, или второстепенными по отношенію къ первой.

Вотъ эти понятія и эти отношенія вещей главной и принадлежностныхъ, легко отличаемыя въ латинской системѣ отъ понятія вещей *составныхъ* (домъ, судно) и совокупныхъ (стадо, библіотека) въ нѣкоторыхъ современныхъ системахъ, особенно же въ нашей, до такой степени обезразличены, что указать, гдѣ вещь есть составная и цѣльная, гдѣ одна къ другой относится какъ главная и принадлежностная, весьма не легко.

Общую причину смѣшенія понятій состава, единой вещи и связи двухъ вещей, главной и принадлежностныхъ, въ современныхъ системахъ слѣдуетъ видѣть въ томъ, что римляне

[1]) Ср. особенно l. 30 pr. D. de usurpat. 41, 3. Göppert Ueber einheitliche, zusammengesetzte u. Gesammtsachen. Dernburg § 68, 76, 77, 78 и особ. Brinz Pandekten I § 144.

вообще гораздо дальше шли въ обособленіи не только лицъ, но и вещей, чѣмъ мы; а затѣмъ имъ уже легко представлялось что такое вещь единая и цѣльная, составная, совокупная, и гдѣ есть особая связь двухъ вещей, главной и ея принадлежности. Въ нашихъ системахъ, какъ замѣчено выше, преобладаетъ черта союзныхъ образованій и для лицъ и для вещей [1]).

По отношенію къ вещамъ современныя системы допускаютъ весьма обильно нерасчесленные комплексы, которыхъ римляне отнюдь не допустили бы, не зачисливъ съ гораздо большей точностью тотъ или другой видъ сочетанія или частей цѣлаго, или разныхъ вещей, въ ту или другую юридически опредѣленную совокупность.

Наша систематика ушла въ этомъ отношеніи гораздо дальше не только классическихъ образцовъ, но безъ всякаго сомнѣнія *и тѣхъ ближайшихъ кодификаціонныхъ работъ, къ которымъ явно старались подойти* возможно близко *составители нашего Свода.*

Когда прочитываемъ рядъ статей, опредѣляющихъ понятіе *принадлежности* земель, особенно населенныхъ, входившихъ нѣкогда въ составъ частныхъ имуществъ (385, 386, 387), и тѣсно связанныя съ ними положенія *о существѣ и пространствѣ права полной собственности на землю* (ст. 424 до 430), то для пріученной латинскими образцами къ анализу юридическихъ явленій мысли вся масса различій между правомъ гражданскимъ и публичнымъ, между землевладѣніемъ и территоріей, между обладаніемъ и пріобрѣтеніемъ, между составомъ и принадлежностью, между вещами плодоприносящими и ихъ произведеніемъ сливается въ одно безразличное цѣлое.

Въ самомъ дѣлѣ, что же это будетъ за *вещь въ смыслѣ права гражданскаго*, которая, во-первыхъ, населена, но пусть населеніе уйдетъ, которой *принадлежности* составляютъ рѣки, озера, пруды,

---

[1]) Попытку Регельсбергера Pandekt., стр. 391, IV, стр. 392 провести границу для понятія состава и принадлежности едва ли можно признать удачной. Въ нов. кодексѣ 96 г. различены существенныя и несущественныя составныя части вещи (ст. 93, 94). Этому расчлененію посвящено не мало вниманія въ новомъ кодексѣ; вотъ, однако, оцѣнка его Дернбургомъ: aber ihre (т.-е. этого расчлененія) Bedeutung ist schwer zu erfassen, und Missverständnisse liegen nahe (Das bürgerl. Recht d. deutsch. Reichs III Band, 1901 г., § 5). Въ этомъ различеніи всегда будетъ много моментовъ фактическихъ, трудно поддающихся обобщеніямъ. Для освѣщенія вопроса Дернбургъ беретъ, какъ примѣръ, связь печей съ домомъ и замѣчаетъ, что въ прирейнскихъ областяхъ жилецъ обыкновенно приноситъ съ своей движимостью и свою печь и стало быть ее нельзя назвать составной частью зданія; а у насъ, напр., на берегахъ Невы помѣщеніе безъ печей, конечно, основательнѣе будетъ назвать сараемъ, чѣмъ домомъ или жилымъ помѣщеніемъ для людей вообще (тамъ же, стр. 21).

болота, дороги, мосты, перевозы, мельницы, плотины, дворы, церкви (ст. 387 и 386), все, что заключается въ нѣдрахъ земли (424), всѣ произведенія, на поверхности ея обрѣтающіяся (387), плоды, доходы, прибыли, приращенія (425), сокрытыя въ землѣ сокровища (430), и намывы рѣкъ и обнаженное русло и вновь образовавшіеся острова (426, 427, 428)? [1]).

Все это несмѣтное содержаніе разнообразнѣйшихъ явленій и юридическихъ понятій должно войти *въ составъ одного объекта* обладанія, недвижимости и ея принадлежностей!

Но развѣ это въ самомъ дѣлѣ вещь, недвижимость? Это цѣлая земля хананская, тутъ все, настоящая палестина!

Очевидно, то безразличіе правъ публичнаго и частнаго, которое составляло нѣкогда черту любой системы правоотношеній, то крайнее осложненіе понятія вещи или имущества, включавшее въ себѣ цѣлую бездну самыхъ различныхъ составныхъ частей, совсѣмъ нерасчлененныхъ, едва стало въ т. X ч. 1 подвергаться нѣкоторой цивилистической переработкѣ, въ которой, однако, спутаны понятіе состава съ понятіемъ принадлежности, понятіе принадлежности съ понятіемъ пріобрѣтенія и проч., и въ этомъ видѣ введено въ нашу кодификацію.

Понять, откуда взялась эта нерасчлененная масса совсѣмъ нетрудно.

Матеріаломъ для содержанія указанныхъ статей служили разновременные указы, издававшіеся послѣ Уложенія царя Алексѣя Михайловича, изъ коихъ нельзя было вычеркнуть ни одного льготнаго положенія, служившаго *къ расширенію правъ привилегированнаго сословія*. Въ ту пору натурально не было возможности въ точности указать границу права публичнаго и частнаго. Къ тому же въ кодексъ, въ ученіе о составѣ права собственности были введены положенія изъ межевыхъ инструкцій и многое, взятое оттуда, тоже отмѣчено понятіемъ *принадлежности*. Наконецъ, разные манифесты, открывавшіе такъ сказать обѣтованную землю для класса служилаго, также своеобразно расширяли подлежавшій обработкѣ матеріалъ „гражданскихъ“ законовъ. Это безпредѣльно богатое и пестрое содержаніе было обработано кодификаторами, *въ смыслѣ формальномъ*, съ помощью системы французскаго кодекса.

Мы не можемъ здѣсь войти въ подробную характеристику

---

[1]) Стт. 386 и 387 и стт. 424 и 425 повторяютъ одинъ и тотъ же перечень вещей, но первыя статьи въ раздѣлѣ *о разныхъ родахъ имуществъ*, а вторыя въ раздѣлѣ *о существѣ и пространствѣ разныхъ правъ* на имущества.

этой системы и возвратимся къ ней въ ученіи *о пріобрѣтеніи права собственности.* Замѣтимъ только, что Code civ. употребляетъ нерѣдко именно въ этомъ ученіи совершенно не техническіе термины для обозначенія не только *состава вещи*, но и *принадлежности вещей*, понятіе принадлежности (res accessoria) смѣшиваетъ съ пріобрѣтеніемъ per accessionem, вмѣсто термина пріобрѣтеніе права собственности говоритъ *„вещу принадлежитъ“* (appartient) доходъ, плоды, обезразличиваетъ технической терминъ „пріобрѣтаетъ“ съ другими чисто фактическимъ и экономическимъ „profite“, т.-е. обращаетъ въ свою пользу.

Всѣ эти образцы Code'а далеко не заслуживали подражанія, если задача права и его техники не въ смѣшеніи, а въ различеніи явленій, по существу несходныхъ, въ приведеніи ихъ къ легчайшей распознаваемости. Французы, однако, въ своихъ системахъ вовсе не смущаются этимъ стремленіемъ Code'а выражать юридическія понятія хотя нетехническимъ образомъ, но общепонятно, и въ языкѣ науки и школы эти неточности легко побѣждаются у нихъ подлинной юридической терминологіей и анализомъ.

Мы пошли по этому пути обезразличенія юридическихъ явленій еще много далѣе французскаго кодекса.

Въ той картинѣ принадлежностей, какую даютъ намъ приведенныя выше статьи т. X ч. 1-й частное землевладѣніе смѣшивается съ территоріей, понятіе принадлежности въ смыслѣ топографическомъ и географическомъ явно идетъ взамѣнъ понятія принадлежности въ смыслѣ гражданскаго права. Гдѣ жъ въ самомъ дѣлѣ рѣки составляютъ принадлежность клочка земли, отмежеваннаго въ частную собственность? Въ какомъ смыслѣ дороги, мосты, перевозы могутъ составлять принадлежность частной собственности? Развѣ въ смыслѣ поборовъ съ проѣзжающихъ, которые, какъ извѣстно, были рано отмѣнены. Что жъ оставалось для прилегающаго къ дорогѣ землевладѣльца въ смыслѣ его частнаго притязанія на дорогу? Тутъ мѣсто повинностямъ, а не правамъ, и, какъ извѣстно, въ числѣ такихъ повинностей была очень тяжелая, не закрывать полей до Троицына дня и послѣ Покрова, чтобъ гуртовщики могли пускать скотъ на подножный кормъ [1]). Въ какомъ смыслѣ, наконецъ, могла церковь разсматриваться

[1]) Извѣстно, что эта тяжелая, иногда опасная (чума) форма участія общаго была вызвана ловко разсчитанной операціей нѣкотораго финансиста XVIII в. изъ мѣщанъ, который снялъ у придорожныхъ землевладѣльцевъ луга прилегающіе къ дорогѣ и вызвалъ этимъ замѣтное повышеніе цѣнъ на мясо въ Петербургѣ.

какъ принадлежность частнаго землевладѣнія? Натурально, не въ смыслѣ хозяйственной ея принадлежности [1]).

Cujus est solum ejus est usque ad coelum et usque ad inferos, такова формула нашедшая себѣ выраженіе въ 552 art. C.c. „la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous". Но это, однако, только принципъ, а вовсе не анализъ природы юридическаго явленія. Надо взять art. 552 въ цѣломъ, чтобы понять примѣненіе этого принципа. Если наше законодательство къ числу *принадлежностей* земли относитъ сокровища въ нѣдрахъ ея сокрытыя, всѣ произведенія и прибыли на ея поверхности, то всякому хорошо извѣстно, что эти сокровища, ископаемыя богатства, надо впередъ открыть, чтобы ихъ *пріобрѣсти*, ибо иначе они ничего не даютъ, что эти плоды надо впередъ разработать, чтобъ они были хотя видны и лишь затѣмъ *пріобрѣсти* ихъ въ частную собственность, какъ это и ясно въ указ. art. 552 C. c.

Если ни матеріалъ бывшій въ обработкѣ нашихъ кодификаторовъ, ни образцы обработки, какіе были въ Code civil, не могли дать удовлетворительныхъ для т. X ч. 1 результатовъ въ смыслѣ юридической техники, то этого отнюдь нельзя отнести къ самому русскому праву, въ многочисленныхъ данныхъ коего, подлежащихъ обработкѣ, легко указать самые ясные слѣды вполнѣ правильнаго расчлененія понятій территоріальныхъ и частноправныхъ принадлежностей землевладѣнія [2]).

---

[1]) Гл 17 ст. 27 Улож. Ц. А. М. говоритъ о продажѣ и залогѣ вотчинъ и указываетъ какъ цѣнить вотчины, поступившія въ продажу или въ залогъ, причемъ за церковное строеніе, за боярскіе и людскіе дворы, за мельничное и прудовое строеніе платить по оцѣнкѣ сторонннхъ людей. Можно ли отсюда заключить, что церковное строеніе есть *принадлежность* земельной собственности, какъ это дѣлаетъ Сводъ? Это очень сомнительно, ибо церковь все же стоитъ внѣ частнаго обладанія, а понятіе принадлежности не можетъ идти дальше этого круга вещей. Церковное зданіе не можетъ получить другого назначенія по усмотрѣнію землевладѣльца, и пользованіе имъ не можетъ быть возбранено или утилизируемо для частныхъ выгодъ, какъ это можно сдѣлать съ барскимъ строеніемъ или мельницей. Уложеніе не дѣлаетъ церковнаго строенія *принадлежностью* частной собственности, какъ не могли межевыя инструкціи сдѣлать принадлежностью лоскута земли рѣку, дорогу, озеро и проч., которыя, однако, *въ смыслѣ топографическомъ* несомнѣнно составляли принадлежность земли. Нахожденіе въ имѣніи церкви и указаніе на это составляетъ самое обыкновенное явленіе въ старыхъ граматахъ. Именуютъ не только церковь, но и придѣлъ (А. Ю. № 105).

[2]) См., напр., въ Акт. Юр. № 53—раздача Пурецкой волости помѣщикамъ, причемъ угодья всякія въ рѣкахъ, въ озерахъ, лѣсахъ остаются въ общемъ пользованіи. Такіе виды пользованія въ общемъ достояніи волости вводятся въ актахъ отчужденія, залога, въ счетъ *принадлежностей* села, полусела, той или другой недвижимости или поселья, въ самыхъ разнообразныхъ оборотахъ рѣчи. Село земли съ дворами и дворищами, съ пашнями, лугами, ловищами, хмѣльниками и со всякими *притеребы;* обозначаются при нѣкоторыхъ угодьяхъ и *движимости* болѣе или менѣе обстоятельно, рыбныя ловли и *потлавные не-*

Совершенно въ духѣ новоевропейскихъ кодексовъ понятіе состава и принадлежности обезразличено въ статьѣ о фабрикахъ и заводахъ (см. ст. 388).

Но много дальше европейскихъ образцовъ въ этомъ обезразличеніи мы ушли описывая *принадлежности дома*, которыя „суть тѣ *части* (?) оныхъ, составляющія внутреннюю и наружную отдѣлку, и тѣ украшенія, которыя невозможно отдѣлить отъ зданія безъ поврежденія, какъ-то мраморные, краснаго дерева и другого рода полы, мраморные, мѣдные или чугунные камины, дорогіе обои, зеркала въ стѣнахъ и т. п.“ (389). Вся *обстановка дома взята*, очевидно, у французовъ; у насъ она могла имѣть небольшое приложеніе. Лучше было бы въ данномъ случаѣ взять у французовъ *статью ихъ кодекса*, чѣмъ этотъ списокъ предметовъ роскоши, въ кругъ нашего гражданскаго законодательства. Art. 525 C. c. указываетъ не только тѣ предметы, которые такъ или иначе (тоже у нѣмцевъ) *прикрѣплены* къ дому, но и совсѣмъ *отдѣльныя* вещи, имѣющія, однако, прямое назначеніе служить украшенію зданія (статуи въ устроенныхъ для нихъ нишахъ). При теперешней методѣ стройки *цѣлая масса вещей* не просто только пригодныхъ, но приспособленныхъ и уже получившихъ конкретное примѣненіе *для хозяйственнаго назначенія*, должны быть разсматриваемы какъ принадлежность дома, совершенно независимо отъ вопроса о какомъ-либо скрѣпленіи ихъ съ самымъ зданіемъ (зимнія рамы). Таковы приспособленія для подъема тяжестей, воды; таковы подвижныя лѣстницы, приложенныя къ данному строенію, хотя бы и не прикрѣпленныя къ нему (въ нов. Имп. код. 96 г. см. ст. 97, 98). Служебное назначеніе вещи, которое связываетъ ее съ потребностями *лица, а не съ вещью*, недостаточно, чтобы опредѣлить ея свойства принад-

---

вода рыба ловити. Часто обозначенія очень общія, встрѣчающіяся не у насъ только, а и въ старинныхъ нѣмецкихъ сдѣлкахъ, каковы извѣстныя формулы „куда коса, соха, топоръ ходили“, и еще общѣе „со всѣмъ что изстари къ тому селу потянло“. Иной разъ въ этихъ притеребахъ ищутъ опредѣлить предѣлы пользованія, напр. въ покосахъ „что скосимъ мы и что скосите вы, а гдѣ сойдемся — полно“; въ лѣсномъ угодьи показываютъ на что имѣетъ идти лѣсъ, деревомъ ли, дровами ли, или для мелкихъ хозяйственныхъ нуждъ; для предупрежденія злоупотребленій при разверсткѣ общей прибыли отъ общаго бортнаго промысла весь медъ сливали вмѣстѣ и дѣлили противу дачъ (А. Ю. № 53). Въ другомъ мѣстѣ названы жернова запасные что у мельницы лежатъ (№ 85). Есть, стало быть, случаи, гдѣ довольно общаго обозначенія *всего что потянло*, или *всѣхъ притеребовъ*. Но старая практика знаетъ и такіе случаи, гдѣ при покупкѣ вещи, недвижимости, присоединяются въ договорѣ особые придатки, не составляющіе принадлежность недвижимости, а лишь *осложненіе состава* договорной *сдѣлки*. Такимъ образомъ покупщикъ недвижимости выговариваетъ себѣ двое портъ, шубу, да чюпрюнъ, да дѣвку Феню (Новгор. данныя А. Ю. № 110, VI).

лежности въ точномъ юридическомъ смыслѣ. И такъ, принадлежность въ техническомъ смыслѣ должна быть строго отличаема отъ принадлежности въ смыслѣ *личнаго присвоенія* или обладанія.

Сколько-нибудь исчерпывающаго ученіе о принадлежности изложенія нельзя достигнуть въ виду измѣнчиваго вліянія экономическихъ и фактическихъ интересовъ, коими опредѣляется въ оборотѣ связь вещей въ нѣкоторое хозяйственное единство. Здѣсь не только масса фактическаго разнообразія, но и различіе обычаевъ локальныхъ, профессіональныхъ, даетъ неисчерпаемый матеріалъ.

Что касается юридическаго значенія такой связи *двухъ вещей*, то оно крайне важно *во всѣхъ сдѣлкахъ обмѣна имущественнаго*. Нормально вещи принадлежностныя слѣдуютъ за главными при всѣхъ видахъ отчужденія, а особенно въ актахъ залога недвижимостей. Опасность злоупотребленій воособенности въ случаяхъ принудительнаго отчужденія вещей, служащихъ для обезпеченія принудительныхъ взысканій, побуждаетъ законодательство тщательно разработывать вопросъ о принадлежности и составѣ вещи, особенно недвижимости, на случай ея залога (ст. 392 т. X ч. 1); объ этомъ мы будемъ имѣть случай говорить въ своемъ мѣстѣ (Уст. Кред. изд. 87 г. разд. VIII ст. 38) [1]).

Французское право и подъ его вліяніемъ, какъ сейчасъ увидимъ, отечественное законодательство разработываетъ вопросъ о составѣ, принадлежности, плодахъ вещи особенно въ положеніяхъ объ отвѣтственности владѣльца добросовѣстнаго и недобросовѣстнаго по иску собственника.

Въ томъ же титулѣ о существѣ и *пространствѣ правъ* на имущества (книга II разд. 2-й), гдѣ смѣшаны столь разнообразныя юридическія явленія, мы имѣемъ особую статью *о приплодахъ и приращеніяхъ отъ животныхъ*. Законъ опредѣляетъ ихъ „принадлежность“ (ибо руководящей служитъ точка зрѣнія *пространства права*), точнѣе, однако, присвоеніе, пріобрѣтеніе приплода по началу материнства; кто хозяинъ самки тотъ хозяинъ приплода (431). На ряду съ этимъ приведенная статья указываетъ годовой срокъ для отысканія приплода отъ животныхъ находящихся въ чужомъ владѣніи. Та же точка зрѣнія „принад-

---

[1]) Было бы совершенно ошибочно, точно держась текста нашего кодекса, связывать *принадлежность* разныхъ вещей, перечисленныхъ въ ст. 424, 425 и друг., съ правомъ *полной* собственности на землю, ибо эта же связь будетъ существовать и при *неполномъ* правѣ собственности, указанномъ въ отдѣльныхъ пунктахъ статьи 432.

лежности хозяину" плодоприносящей вещи выдержана и для всѣхъ ея *плодовъ*, *доходовъ*, *прибылей*, *приращеній*, *выгодъ* и всего что трудомъ и искусствомъ его произведено въ томъ имуществѣ (ст. 425). Понятіе принадлежности явно выдержано не въ смыслѣ связи *двухъ вещей*, а въ смыслѣ присвоенія *вещи лицу* соотвѣтственно французскому appartenir à quelqu'un, кому-либо, а не чему-либо.

Имѣя въ виду только эти двѣ статьи, мы не вышли бы изъ старинной контроверзы, раздѣляющей издавна западный міръ въ вопросѣ о положеніи плодовъ вещи въ цивильно-оборотномъ смыслѣ. Составляютъ ли плоды *часть плодоприносящей вещи*, или это вещь новая? [1]). Это различіе исходныхъ точекъ ученія о плодахъ даетъ, какъ извѣстно, въ западныхъ ученіяхъ, особенно въ нѣмецкой литературѣ, цѣлый рядъ консеквенцій для всѣхъ важнѣйшихъ пунктовъ ученія о плодахъ въ его дальнѣйшемъ развитіи. Мы не имѣемъ, однако, никакихъ основаній предполагать, что наша кодификація не просто заимствовала изъ кодексовъ, служившихъ ей образцомъ, неудачную терминологію и порядокъ изложенія имѣвшагося подъ рукой матеріала, а избирала одни ученыя мнѣнія (Донеля), и отвергала другія, чтобъ сдѣлать ихъ руководящими для практики. Называя плодъ *принадлежностью*, наша кодификація выдерживала принятое ею въ основу понятіе существа и пространства правъ на имущества. Этому *пространству* правъ оно подчиняло безразлично и плоды вещи, и обнажившееся русло рѣки, и вновь образовавшійся островъ. Все это входило *въ пространство правъ* и посему *принадлежало хозяину* прилегающаго землевладѣнія, плодоприносящей вещи и проч.

Здѣсь нѣтъ принципа *юридическаго*, который рѣшаетъ вопросъ объ особой природѣ состава вещи, плода, дохода, а чисто *статическая* точка зрѣнія разграниченія обладанія вещами.

Поэтому насъ не удивитъ, что въ другихъ мѣстахъ кодекса

---

[1]) Мы не будемъ здѣсь приводить контроверзныхъ по этому вопросу мнѣній французскихъ и нѣмецкихъ писателей, ибо ихъ легко найти въ указанныхъ въ началѣ этой книги учебникахъ. Въ настоящее время русскому читателю стали доступны, безъ знанія иностранныхъ языковъ, не только эти контроверзныя мнѣнія, но и блестящая разработка и нерѣдко очень счастливое разрѣшеніе безвыходныхъ, казалось, противорѣчій источниковъ, въ работахъ проф. Л. І. Петражицкаго, особенно въ его книгѣ Права добросовѣстнаго владѣльца на доходы. Петербургъ 97 г., гдѣ авторъ суммируетъ результаты прежнихъ своихъ работъ, публикованныхъ частью на нѣмецкомъ языкѣ. Въ настоящее время мы имѣемъ второе изд. (1902 г.) названной книги, въ которой авторъ тщательно установилъ свое отношеніе къ вызваннымъ первой публикаціей работы литературнымъ мнѣніямъ.—Для указан. контроверзы см. Vangerow § 326 Anm. I, Göppert стр. 149, Унгеръ § 56 пр. 22, Регельсбергеръ стр. 393.

мы встрѣтимся съ другими воззрѣніями на тѣже плоды вещи. Какъ только оставлена точка зрѣнія *пространства*, и принята точка зрѣнія развитія, движенія, работы, *производства*, т.-е. динамическая, das Werden des Rechts, такъ тотчасъ плодъ является вещью новою, коей судьба не та же, что судьба состава или принадлежности вещи, а совершенно иная, смотря по различію правоотношеній, въ коихъ находится владѣлецъ вещи къ собственнику ея.

Если для юриспруденціи представляется въ высшей степени неудобнымъ смѣшеніе понятій состава и принадлежности вещи, то смѣшеніе понятія плода и состава вещи или ея принадлежности, для сколько нибудь развитого юридическаго быта, еще несравненно болѣе неудобно.

Обезразличеніе состава, принадлежности, плода свойственно неразвитому обмѣну, эпохѣ застоя, неподвижности. Въ исторіи нашего права это точка зрѣнія обращенная къ прошлому. Гдѣ рѣчь только о *пространствѣ*, тамъ господствуетъ недвижимость. Съ эпохи Петра начинается другая фаза развитія, и другая точка зрѣнія на правообладаніе. И обѣ точки зрѣнія ясны въ составѣ Свода. За вопросомъ пространства идутъ, медленно преуспѣвая, *задачи производства*. Съ этимъ вмѣстѣ наступаютъ новыя условія и новая точка зрѣнія на плоды и доходы, гдѣ пространство правъ собственности не рѣшаетъ вопроса, а встрѣчается съ вопросомъ труда, производства, движенія.

Съ этимъ вмѣстѣ вступаютъ на очередь вопросы права, чьими должны стать плоды вещи? Тому ли они имѣютъ *принадлежать* или, вѣрнѣе, тотъ ли ихъ имѣетъ *пріобрѣтать*, за кѣмъ обладаніе, пространство, или тотъ кто ихъ произвелъ, кто образовалъ, кто развилъ продуктивную силу плодоприносящей вещи?

Уже въ старомъ составѣ статей Свода, различая понятія имуществъ недвижимыхъ и движимыхъ, нашъ кодексъ объявляетъ *принадлежностью* земли только произведенія на ея поверхности *обрѣтающіяся*, а также *сокровенные* въ ней металлы (387).— Но уже хлѣбъ *сжатый* и *молоченый* перестаетъ быть принадлежностью или составомъ недвижимости. Онъ есть *особая вещь*, притомъ *движимая* (401).

Но этого мало. Точка зрѣнія на плодъ, какъ на вещь *отдѣльную*, коей судьба вовсе не связана необходимо съ плодоприносящей вещью, опредѣляется окончательно и развивается лишь вмѣстѣ съ дальнѣйшимъ движеніемъ нашего права. Она есть новая, послѣдующая, и при этомъ несомнѣнно торжеству-

ющая, вводящая въ тѣсные предѣлы старую точку зрѣнія состава, принадлежности, вообще пространства. Это отторженіе отъ старыхъ узъ,—эманципація движимости.

Окончательно эта новая точка зрѣнія выработалась и выразилась въ нашемъ кодексѣ лишь въ изд. его въ 57 г., куда былъ введенъ законъ о вознагражденіи за вредъ и убытки за владѣніе чужимъ имуществомъ (въ изд. 57 г. и послѣд. это ст. 609 и слѣд.).

Этотъ законъ въ цѣломъ составѣ выработанъ въ 1851 г. подъ очевиднымъ вліяніемъ западныхъ законодательствъ, особенно французскаго права, и довольно тщательно соображенъ съ мѣстными условіями обмѣна. Мы не имѣемъ основанія разсматривать его здѣсь въ полномъ его составѣ, и вопросъ, который занимаетъ насъ здѣсь, есть только *понятіе плода*, въ немъ выработанное и представляющее собою несравненно большее развитіе, чѣмъ въ прежнемъ составѣ нашего гражданскаго кодекса. Шагъ впередъ настолько значительный, что проф. Петражицкій въ указанномъ выше трудѣ задается вопросомъ, не слѣдуетъ ли законъ 21 марта 1851 г. разсматривать и въ составѣ Свода какъ послѣдующій, имѣющій силу отмѣнять прежнія нормы. Нѣтъ сомнѣнія, что къ статьямъ Свода нельзя примѣнять хронологическаго критерія, но, несомнѣнно, метода такъ назыв. „внутренней хронологіи“ въ данномъ случаѣ можетъ дѣйствительно дать основаніе для такого вопроса.

Что же даетъ намъ новаго этотъ законъ?

Ученіе о плодахъ, какъ было замѣчено выше, принадлежитъ къ числу крайне контроверзныхъ въ юридической литературѣ [1]). Подъ именемъ плода [2]) слѣдуетъ, разумѣть любой, правильно возвращающійся *приходъ* (*доходъ* въ легальной терминологіи) отъ любой вещи или составной части имущества, которая образуетъ

---

[1]) Обозрѣніе всего ученія можно найти у Гёнперта, котораго трудъ и теперь очень цѣнится, несмотря на трудность изложенія. Все ученіе до сихъ поръ покоится на латинскихъ основахъ, и контроверзы, связанныя съ толкованіемъ текстовъ классиковъ, длятся вѣка. Профессоръ Петражицкій дѣлаетъ для русскихъ читателей доступнымъ не только изученіе вопроса, какъ онъ опредѣлился въ юридической литературѣ западной, но, идя въ изслѣдованіи труднѣйшихъ проблемъ ученія глубже своихъ предшественниковъ, открываетъ путь къ устраненію многихъ спорныхъ пунктовъ, и даетъ для разработки вопроса такія солидныя и широкія основы, что одинъ изъ лучшихъ пандектистовъ нашего времени, берлинскій профес. Генрихъ Дернбургъ становится рѣшительно на его точку зрѣнія и дѣлаетъ существенныя измѣненія въ цѣломъ рядѣ соотвѣтствующихъ этому ученію параграфовъ своего пандектнаго учебника, слѣдуя мыслямъ профессора Петражицкаго.

[2]) Frugem pro *reditu* appellari non solum frumentis aut leguminibus, verum et ex vino, silvis caeduis, cretifodinis, lapidicinis capitur, Julianus scribit (Юлій Павелъ l. 77 D. de V. S.).

такимъ образомъ капиталъ. Этотъ моментъ постоянной *хозяйственной прибыли* выраженъ именно во французскомъ кодексѣ. Плоды, не представляющіе этого свойства *періодичности*, *revenu*, reditus, не составляютъ въ экономическомъ и юридическомъ смыслѣ плодовъ или доходовъ съ капитала. Французская практика не вводитъ въ лѣсоводномъ хозяйствѣ дерево, достигшее предѣльнаго роста и идущее на срубъ не въ очередь, въ понятіе лѣсохозяйственнаго прихода. Это будетъ *субстанціальная часть вещи*, также какъ валежникъ. Въ латинской системѣ нахожденіе клада не входитъ въ *доходность* землевладѣнія.

Только этотъ смыслъ плода составляетъ предметъ разработки юристовъ въ классическомъ правѣ, а *не случайная прибыль* хозяина вещи, связанная съ ея обладаніемъ. Мы имѣемъ, стало быть, въ этомъ ученіи дѣло съ міромъ отношеній, свойственныхъ развитому экономическому быту. Именно къ такому быту и къ юридическимъ отношеніямъ въ его условіяхъ образующимся только и могутъ быть прилагаемы пріемы научнаго анализа экономическихъ дисциплинъ и соотвѣтственно этому пріемы юридическаго анализа вопросовъ пріобрѣтенія, обмѣна, оцѣнки этого вида имуществъ, которые мы находимъ въ развитыхъ системахъ стараго и новаго времени [1]).

Къ этой точкѣ зрѣнія приближаетъ насъ весьма законъ 21 марта 51 года.

Когда мы разсматриваемъ плоды въ этомъ смыслѣ, то *понятіе плода* будетъ обнимать собою кругъ явленій, *не связанныхъ*

---

[1]) На этомъ признакѣ *экономически правильно построенной доходности* имущества основаны наиболѣе цѣнные результаты изысканій проф. Петражицкаго для разъясненій многихъ загадочныхъ вопросовъ классическихъ источниковъ и для юридической конструкціи всего ученія о плодахъ, отдѣльныхъ приложеній этого ученія въ разныхъ частяхъ системы, особенно въ трудной проблемѣ пріобрѣтенія плодовъ вещи добросовѣстнымъ владѣльцемъ. Разработавъ столь счастливо одну изъ основныхъ проблемъ цивилистики, проф. Петражицкій открылъ себѣ вѣрный и самостоятельно имъ проложенный путь не только къ цѣлому ряду другихъ *частныхъ* задачъ въ области нашей науки, но и къ общимъ методологическимъ и цивильно-политическимъ проблемамъ гражданскаго права. Для этого недостаточно, конечно, одного усердія, столь распространеннаго у насъ, къ наукамъ экономическимъ, сопровождаемаго обыкновенно нерасположеніемъ къ гражданскому, особенно римскому праву, а необходима полнота обладанія обѣими дисциплинами, которая не только у насъ, но и на Западѣ составляетъ явленіе весьма рѣдкое. То понятіе плода, которое столь долго полагалось въ основу всего ученія и которое служитъ заголовкомъ сочиненія Гёпперта Die *organischen* Erzeugnisse есть слишкомъ узкое и направляющее мысль на ложный путь изысканій, ибо не нужно быть *органическимъ* продуктомъ вещи, чтобы стать плодомъ ея эксплуатаціи, и, съ другой стороны, недостаточно этой именно связи произведенія съ производителемъ, чтобъ имѣть критерій экономической доходности данной хозяйственной единицы (ср. Дернбургъ, тамъ же, § 8; Нѣм. Гражд. Ул. 96 г. держится во многомъ прежней точки зрѣнія, см. ст. 99 и слѣд.).

необходимо *съ процессомъ природной продуктивности* вещей. Тутъ та же *юридическая переработка*, какую мы указывали выше въ ученіи о лицѣ, въ общемъ понятіи вещи и проч. Далеко не все, что есть естественный продуктъ, будетъ въ смыслѣ хозяйственномъ и юридическомъ плодомъ вещи. И, съ другой стороны, понятіе плода въ смыслѣ юридическомъ вовсе не кончается тамъ, гдѣ не имѣетъ мѣста производительность физіологическая, растительная или животная. Къ кругу плодовъ относятъ не только періодически прибывающіе приплоды или приросты въ хозяйствѣ того или другого рода, но на ряду съ этимъ массу вещей имѣющихъ *гивильно-оборотное значеніе, совершенно независимое отъ физіологическихъ процессовъ*. Таковъ ледъ, таковы каменоломни, каменноугольныя копи, таковъ торфъ. По отношенію къ животнымъ доходность ихъ въ хозяйствѣ и въ правѣ принимается не со стороны только приплода, на который указываютъ многія статьи разсматриваемаго раздѣла, но еще въ массѣ комбинацій: шерсть, молоко, навозъ, рабочая сила скота (см. въ нашемъ законѣ особ. ст. 620 п. 3 и 643), а также *употребленіе предметовъ*, кромѣ капитала и животныхъ, *если эти предметы могли приносить доходъ* (643).

Въ томъ же смыслѣ періодически возвращающагося плода вещи слѣдуетъ разумѣть и всѣ *денежныя поступленія* отъ найма, аренды, процентнаго займа, насколько они представляютъ собою не умаленіе субстанціи плодоприносящей вещи, а производительный результатъ хозяйственной функціи вещи въ гражданскомъ оборотѣ.

Указанный нами выше законъ 21 марта 1851 года стоитъ именно на этой широкой точкѣ зрѣнія на плоды вещи, какъ на постоянныя *хозяйственныя выгоды*, которыя даетъ производительное употребленіе вещи въ гражданскомъ обмѣнѣ. Посему въ качествѣ плодовъ фигурируютъ въ немъ, независимо отъ умаленія субстанціи, доходы имуществъ, въ смыслѣ непосредственно поступающихъ эксплуатирующему имущество хозяину продуктовъ хозяйства и въ смыслѣ сданныхъ имъ за деньги отдѣльныхъ хозяйственныхъ доходныхъ (оброчныхъ) статей для непосредственной эксплуатаціи ихъ третьими лицами. Отъ поступленій всякаго рода, при этомъ безъ вычета тратъ для экономической эксплуатаціи вещи, законъ отличаетъ *понятіе дохода чистаго*, т.-е. остающагося въ рукахъ хозяина за вычетомъ тратъ (620, 623, 630 ср. съ art. 548 Code civ.). При этомъ въ составѣ законоположенія легко различить плоды еще связанные съ вещью и не представляющіе собою отдѣльнаго объекта обладанія. Это

такъ назыв. fructus pendentes. По отношенію къ этимъ вещамъ возможны юридическія сдѣлки только въ смыслѣ вещей имѣющихъ впослѣдствіи получить отдѣльное существованіе, res futurae [1]). На ряду съ этимъ законъ различаетъ понятіе плода *имѣвшаго поступить*, но не поступившаго по небреженію въ хозяйственной дѣятельности владѣльца (624). Извѣстная степень хозяйственной бдительности есть очевидно обязательная для владѣльца плодоприносящей вещи. Наконецъ, здѣсь же мы имѣемъ *всѣ* выгоды и прибыли, пришедшія уже къ рукамъ хозяина, или не пришедшія еще, но долженствовавшія произойти поступленія, *связанныя съ извѣстнымъ періодомъ хозяйственной эксплоатаціи вещи*, въ отличіе отъ такихъ, которыя принадлежатъ слѣдующему періоду (620, 626, 635).

Всѣ эти различія въ понятіи плода сдѣланы въ разсматриваемомъ законѣ языкомъ далеко не техническимъ, очевидно, ради общедоступности, обыденными наименованіями ихъ въ разговорной рѣчи. Несомнѣнно, это лишаетъ ихъ прецизности, которая важна для юридическихъ цѣлей, но не мѣшаетъ, натурально, перерабатывать ихъ въ этомъ смыслѣ правильными пріемами юридической интерпретаціи.

Существуетъ еще весьма важное для юриста дѣленіе вещей на категоріи, одинаковыя, какъ въ римскомъ правѣ, такъ и у насъ, именно, *дѣленіе имуществъ на раздѣльныя* и *нераздѣльныя*. Соотвѣтственно понятію дѣлимости, въ наукѣ общаго права выработаны особые признаки дѣлимости вещей. Имущества съ свойствами дѣлимости въ нашемъ законодательствѣ называются раздѣльными. На это указываютъ ст. 393 и 394 X т. Изъ нихъ видно, что понятіе дѣлимости и недѣлимости, установленное въ юриспруденціи, не соотвѣтствуетъ такому же понятію въ смыслѣ физическихъ признаковъ. Въ природѣ всѣ вещи дѣлимы до безконечности. Юриспруденція не всегда признаетъ за ними свойства дѣлимости. Значеніе такого признанія вполнѣ будетъ понятно, если мы примемъ во вниманіе, что, установляя свойство недѣлимости вещей, мы имѣемъ въ виду *критерій гражданскаго оборота*, а не физическія свойства вещи. По сему, въ тѣхъ слу-

---

[1]) Изъ XVII в. къ намъ дошелъ любопытный раздѣльный актъ, въ коемъ предметомъ дѣленія служатъ *могущія со временемъ родиться отъ пары, еще не состоящей въ бракѣ*, нѣкоего Перфилки и дѣвки Ириньицы, *дѣти* (А. Ю. № 267); римское право не допускало этой заводской точки зрѣнія на рабовъ qvia non temere ancillae ejus rei causa comparantur ut pariant L. 27 pr. D. H. P. (V, 3 Ulpianus); absurdum enim videbatur, hominem in fructu esse, quum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit, читаемъ у Гая L. 28 § 1 D. 12, 1.

чаяхъ, гдѣ свойство дѣлимости вещи, какъ физической вещи, непримѣнимо для оборота, мы называемъ эту операцію не дѣленіемъ вещи, а ея порчею, уничтоженіемъ прежней вещи. Напр., домъ, по свойству матеріала, изъ котораго онъ выстроенъ, можетъ быть раздѣленъ на части, но будучи раздѣленъ, онъ перестаетъ быть домомъ. Точно также, раздѣленное на части животное не тождественно, конечно, съ цѣлымъ животнымъ. Въ томъ и другомъ примѣрѣ въ результатѣ дѣленія получается нерѣдко вещь новая вмѣсто прежней. По договору купли-продажи коня или дома нельзя предоставить покупщику конину или бревна и камни. Итакъ, существуютъ вещи, которыя отъ дѣленія ихъ на физическія части теряютъ свои прежнія оборотныя свойства. Но есть также и такія вещи, которыя допускаютъ дѣленіе и которыя ничего не теряютъ отъ этого. Къ нимъ относятся всѣ вещи, которыя опредѣляются мѣрой, вѣсомъ, числомъ. Сюда относятся также и земельные участки. Таково юридическое значеніе дѣлимости и недѣлимости вещей.

Говоря о нераздѣльности имущества, мы имѣемъ въ виду *юридическую* невозможность дѣленія самой вещи на части, но этимъ не исключается возможность обладанія отвлеченными долями такого имущества. Здѣсь открывается сфера общей собственности. Въ имуществахъ нераздѣльныхъ, говоритъ кассаціонная практика Сената (въ ст. 546), нераздѣльнымъ признается только *предметъ* права, а *самое право* представляется раздѣльнымъ. Такимъ образомъ, вещь можетъ быть недѣлима, но двоимъ могутъ принадлежать доли въ обладаніи ею. Раздѣленіе на доли не влечетъ раздѣленія на части, и по сему въ куплѣ дома, коня, могутъ участвовать двое, трое и т. д. Тутъ имѣетъ мѣсто то, что технически извѣстно подъ названіемъ partes pro indiviso. Это свойство вещей весьма важно имѣть въ виду при изученіи юридическихъ сдѣлокъ и вообще явленій гражданскаго оборота.

Что касается нашего законодательства, то оно въ своихъ постановленіяхъ прямо подходитъ къ вышеустановленному понятію дѣлимости и недѣлимости. Оно относитъ къ нераздѣльнымъ вещамъ именно тѣ вещи, которыя хотя физически и способны дѣлиться, но, будучи раздѣлены, совершенно не годятся для гражданскаго оборота, и потому считаются недѣлимыми. Такимъ образомъ, моментъ пригодности вещей для гражданскаго оборота есть рѣшающій при рѣшеніи вопроса, къ дѣлимымъ или недѣлимымъ имуществамъ слѣдуетъ отнести данную вещь? Когда, напр., недвижимое имущество можетъ быть раздѣлено на такія части, изъ которыхъ каждая отдѣльно способна стать предметомъ от-

дѣльнаго обладанія, оно называется раздѣльнымъ имуществомъ. Если оно способно дѣлиться, но безъ послѣдняго условія, оно относится къ числу нераздѣльныхъ имуществъ. Таково опредѣленіе нашего законодательства (X т., 393 ст.).

Это опредѣленіе относится опять *только къ недвижимымъ* имуществамъ, причемъ *законъ* нашъ, независимо отъ существа ихъ, признаетъ извѣстныя имущества нераздѣльными *на основаніи экономическихъ и соціальныхъ соображеній*. Относительно имуществъ движимыхъ нашъ X т. и въ данномъ случаѣ ничего не говоритъ. Въ римскомъ правѣ дѣйствовало то положеніе, что имущества движимыя, теряющія при раздѣленіи свою цѣнность, признавались нераздѣльными. Это положеніе должно считаться дѣйствующимъ и по отношенію къ нашему праву. Въ статьѣ 394 X т. указано, какія именно имущества надлежитъ почитать нераздѣльными *по закону*. Сюда относятся: 1) фабрики, заводы и лавки; 2) принадлежащіе государственнымъ крестьянамъ, водвореннымъ на собственныхъ земляхъ, участки земли, не болѣе восьми десятинъ содержащіе; такой именно размѣръ участковъ признается недѣлимымъ, очевидно, utilitatis causa; 3) аренды; 4) золотые пріиски, состоящіе на земляхъ казенныхъ и кабинета Е. И. В.; 5) маіоратныя имущества; 6) участки, отводимые по Высочайшимъ повелѣніямъ малоимущимъ дворянамъ; 7) дворы городскихъ обывателей (допускаются изъятія) и, наконецъ, 8) желѣзныя дороги съ ихъ принадлежностями. Сюда же могутъ быть отнесены и такъ наз. заповѣдныя наслѣдственныя имущества (ст. 395). Такова экземплификація понятій дѣлимости и недѣлимости вещи, которую даетъ намъ X т.

Нѣкоторые изъ перечисленныхъ здѣсь видовъ недвижимыхъ имуществъ, почитаемыхъ нераздѣльными, допускаютъ, однако, долевое участіе нѣсколькихъ лицъ въ ихъ владѣніи. Даже участокъ, величиною въ 8 десятинъ, не могущій быть отчуждаемымъ по частямъ, можетъ принадлежать, напр., двумъ братьямъ, которые въ такомъ случаѣ являются обладателями каждый долею нераздѣльнаго имущества. И такой случай вовсе не будетъ противорѣчить закону, который, такимъ образомъ, допускаетъ partes pro indiviso. Подробно законъ не разрабатываетъ этого различія.

§ 43.

Ограниченіе оборотоспособности недвижимостей въ интересахъ союзовъ разнаго типа.—Союзъ родовой какъ общая стадія въ исторіи развитія права.—Остатки родовыхъ недвижимостей въ Германіи.—Retractus gentilicius въ прибалтійскомъ Сводѣ. — Сдѣлки отчужденія недвижимостей въ старомъ русскомъ правѣ. — Ограниченіе права выкупа 40-лѣтнимъ срокомъ. — Родовыя вотчины въ эпоху Уложенія.—Петровскій указъ о единонаслѣдіи.—Дальнѣйшее ограниченіе права выкупа.—Обиліе указовъ.—Жалованныя грамоты Императрицы Екатерины.—Дальнѣйшія попытки расширенія родоваго имущества.—Безуспѣшность.—Современное законодательство. — Попытки распространительнаго толкованія закона.—Понятіе предвареннаго наслѣдства и его примѣненіе къ данному случаю.—Несвоевременность расширенія и ошибки въ пріемахъ истолкованія.—Нематерьяльныя блага.—Деньги.—Права какъ объекты.—Предѣлъ оцѣночности.

Намъ надлежитъ остановить здѣсь наше вниманіе на одномъ явленіи ограниченнаго правооборота, крайне характерномъ для извѣстныхъ эпохъ спеціальнаго развитія, не только удержавшемся, но какъ будто ищущемъ расширить свое примѣненіе въ нашемъ правѣ дальше тѣхъ предѣловъ, въ коихъ его допускаетъ нашъ законъ.

Это явленіе связано съ особой категоріей вещей, имуществъ, и нашло въ X т. ч. 1 себѣ мѣсто въ гл. 1-й разд. 1-го о разныхъ родахъ имуществъ, кн. 2-й, гдѣ мы въ титулѣ главы имѣемъ, на ряду съ дѣленіемъ имуществъ на движимыя и недвижимыя, дальнѣйшее дѣленіе (только для имуществъ недвижимыхъ) ихъ на *благопріобрѣтенныя и родовыя*.

Явленіе ограниченнаго оборота имуществъ *недвижимыхъ* воособенности, есть исконное въ европейскомъ правѣ. Масса остатковъ этого нѣкогда господствовавшаго порядка вещей удержалась до позднѣйшей эпохи въ особомъ обиліи въ Германіи и въ земляхъ, связанныхъ своими современными юридическими преданіями со старой нѣмецкой имперіей, именно въ нашихъ прибалтійскихъ окраинныхъ губерніяхъ.

Возможно безъ всякаго труда доказать, что эти остатки прошлаго не имѣютъ въ своей основѣ ничего національнаго (ни нѣмецкаго, ни русскаго), ибо признаки буквально тѣхъ же ограниченій обмѣна недвижимостей видны въ старомъ итальянскомъ феодальномъ правѣ, у французовъ, частью до конца XVIII в., а болѣе широкое ихъ примѣненіе мы найдемъ не только въ старомъ и современномъ русскомъ правѣ, но и въ обычныхъ правахъ нѣкоторыхъ нашихъ инородческихъ группъ.

Трудно исчерпать разнообразіе видовъ этой ограниченной обо-

ротности имуществъ, упорно державшихся у нѣмцевъ особенно до конца XVIII столѣтія [1]).

Старыя нѣмецкія правительства охотно поддерживали нѣкоторые виды ограниченной оборотоспособности недвижимостей въ интересахъ свѣтской власти, общинъ, отдѣльныхъ родовъ и семей, для противодѣйствія колоссальнымъ захватамъ землевладѣнія установленіями церковными разнаго типа. Къ концу XVIII в., когда *секуляризація* церковныхъ земель сдѣлала большіе успѣхи, поддерживать разнообразныя формы ограниченной оборотности землевладѣнія, особенно въ интересахъ такихъ исключительныхъ и отживающихъ союзныхъ формъ, какова связь кровная сочленовъ одного рода, не было больше основанія.

Въ законодательствахъ передовыхъ западныхъ монархій это почувствовалось тотчасъ. Въ ландрехтѣ удержались лишь нѣкоторые остатки старыхъ ограниченій оборота недвижимостей, и то больше въ пользу такихъ землевладѣльческихъ формъ, въ коихъ право частное далеко еще не обособилось отъ тѣснаго соприкосновенія съ интересомъ публичнымъ. Наоборотъ, тамъ, гдѣ одно *начало родства* составляло основу ограниченій свободнаго оборота недвижимостей, — это ограниченіе было отмѣнено уже въ 1807 году, какъ несоотвѣтствующее хозяйственнымъ интересамъ правильно понятымъ и хорошо огражденнымъ. Въ одномъ изъ нѣмецкихъ законодательныхъ актовъ конца прошлаго вѣка выражена мысль, что это въ общемъ одно изъ учрежденій наиболѣе вредныхъ, связанныхъ для государствъ съ гораздо большимъ количествомъ ущерба, чѣмъ выгодъ, которое при этомъ ослабляетъ расположеніе собственника къ его роднѣ, убиваетъ предпріимчивость, питаетъ алчность и влечетъ за собой частыя распри и гибельные процессы между лицами, связанными узами крови.

Понятно, почему прусское правительство, стоящее всегда очень бодро на стражѣ интересовъ государства вообособенности, рѣшилось не только отмѣнить слабые остатки прежняго порядка, но, отмѣняя ихъ закономъ 2-го марта 1850 г., не указало *никакого вознагражденія* для тѣхъ, у кого оставались еще притязанія на выкупъ (Retrakt) отчужденныхъ вотчинъ по какому бы то ни было, особенно основанному на кровномъ родствѣ, титулу.

Французское законодательство разсчиталось окончательно со всѣми этими завѣтами старины еще въ революціонную эпоху и

---

[1]) См. подробности у Штоббе подъ двумя титулами особенно (Beispruchsrecht u Retrakt) §§ 87—91 его Handbuch.

въ Code civ. нѣтъ *права выкупа*, какъ его не было въ латинскомъ правѣ.

Натурально, приведенное нами выше мнѣніе о вредѣ для интересовъ экономическихъ и государственныхъ ограниченной, особенно притязаніями родственниковъ, оборотности недвижимостей, будетъ справедливо лишь по отношенію къ бытовымъ условіямъ извѣстной эпохи (развитіе государственности и системы общаго гражданскаго права). Наоборотъ, въ другихъ условіяхъ, какъ это сейчасъ было показано (противъ излишняго развитія церковнаго землевладѣнія), это установленіе могло приносить свою значительную долю пользы.

Многочисленные *ретракты* удержались до сегодня, какъ преданіе старины, въ составѣ 3-й ч. мѣстн. гражд. узакон. губ. прибалтійск. (ст. 1613 и слѣд.), и между ними видное мѣсто занимаетъ такъ назыв. retractus gentilicius или consanguinitatis (ст. 1654 и слѣд.). Натурально и здѣсь та же пестрота нормъ, которую Зоомъ прозвалъ на прощанье костюмомъ арлекина, характерная вообще для старонѣмецкихъ институтовъ. Однако, общая „цѣль наслѣдственнаго выкупа заключается въ сохраненіи за родомъ, ради поддержки его знатности и блеска (splendor familiae), тѣхъ недвижимостей, которыя сдѣлались въ немъ потомственными“ (1655). Реквизиты образованія такихъ вотчинъ довольно строгіе, нужна не только отчина, но дѣдина и еще высшее потомственное преемство (1659 ст.); это, конечно, не вездѣ такъ. Кругъ лицъ заинтересованныхъ есть частью довольно ограниченный [1]).

Въ такомъ видѣ и съ этими цѣлями, которыхъ никакъ нельзя назвать обще-гражданскими, имущества съ ограниченной правооборотностью сохранились и въ Германіи. Но это *спеціальныя фиденкоммиссарныя установленія*, существующія для höchstadeligen, для *Dynasten*, какъ ихъ именуетъ Саксонское зерцало. Въ нашемъ гражданскомъ правѣ этому соотвѣтствуютъ не родовыя имущества, не право родственнаго выкупа, а имѣнія заповѣдныя, составляющія совершенно исключительное явленіе въ сферѣ имущественныхъ институтовъ.

Насколько интересы *рода вообще* мало ограждены нынѣ правомъ выкупа видно изъ случаевъ учрежденія *особыхъ союзовъ* для этой цѣли, именно для поддержки членовъ одного рода. Образецъ такого союза родичей для взаимопомощи мы имѣемъ въ учреж-

[1]) На ряду съ этимъ въ прибалтійскомъ краѣ есть особенное ограниченіе наслѣдственнаго преемства, основанное на договорѣ, въ опредѣленномъ союзѣ лицъ, родонаслѣдственномъ (2501 и слѣд.).

денномъ въ 90-хъ годахъ обществѣ взаимнаго вспомоществованія извѣстнаго рода фонъ-Раденъ.

Наиболѣе любопытнымъ и важнымъ для нашего изученія является здѣсь, конечно, удержавшееся до сихъ поръ *въ широкомъ приложеніи* у насъ *въ составѣ общаго права* различеніе имуществъ на родовыя и благопріобрѣтенныя и связанное съ нимъ ограниченіе правооборотности этихъ имуществъ, особенно въ видѣ права выкупа ихъ отъ покупателей чужеродцевъ.

Ученіе объ этомъ видѣ имуществъ превосходно, какъ бы монографически, разработано по отношенію къ его исторіи именитымъ русскимъ цивилистомъ, покойнымъ Константиномъ Алексѣевичемъ Неволинымъ, въ его Исторіи россійск. гражд. законовъ, во-1-хъ, въ связи съ общимъ ученіемъ о разныхъ родахъ имуществъ (§§ 225—228) и воособенности обширно, въ связи съ ученіемъ о договорѣ купли-продажи, въ особомъ отдѣлѣ о выкупѣ родовыхъ имуществъ (§§ 413—430). Эту историческую сторону вопроса слѣдуетъ изучать именно съ помощью Неволина.

Вопросъ объ ограниченіи оборотности имуществъ недвижимыхъ вообще и тѣхъ воособенности, характеръ обладанія ими связанъ со старинными повсемѣстными союзными формами общественности, представляетъ собою громадный интересъ для всей исторіи права. Въ этихъ предѣлахъ мы не можемъ его здѣсь касаться.

Нѣтъ сомнѣнія, что много ранѣе развившихся нынѣ формъ личнаго обладанія имуществомъ вообще, недвижимостями воособенности, господствующими формами и землевладѣнія и обмѣна имуществъ были формы обладанія и обмѣна союзнаго [1]). Это давно замѣчено западными и нашими историками права. Профессоръ Ѳ. И. Леонтовичъ, въ своемъ замѣчательномъ изслѣдованіи Старый земскій обычай. Одесса. 1889 г., говоритъ: древнѣйшія формы частно-правнаго ряда (не одной купли, о которой трактуетъ Неволинъ) образовались несомнѣнно подъ вліяніемъ первичнаго групповаго ряда *старыхъ родовъ* и общинъ; рядъ въ послѣдней формѣ, можно думать, предшествовалъ образованію частно-правнаго ряда... Первичной сферой ряда были не индивидуальная жизнь и отношенія отдѣльныхъ лицъ, но именно междусоюзныя отношенія цѣлыхъ общественныхъ группъ, *старыхъ родовъ* и территоріальныхъ общинъ. Являясь главными и чуть ли

[1]) Мы касались этого вопроса выше, разъясняя исторію союзной личности.

не единственными дѣятелями имущественнаго оборота, а слѣдовательно и главными субъектами правъ вещныхъ, *роды* и общины вели весь свой имущественный и хозяйственный обиходъ въ формѣ разнаго рода сдѣлокъ, докончаній и проч. *Члены рода* не имѣли индивидуальнаго объекта для договорной сдѣлки отъ себя лично, и потому, если участвовали въ рядахъ, то всегда по сдѣлкамъ своего *рода* и племени (стр. 58 и 59).

Эти совершенно вѣрныя идеи выработаны проф. Леонтовичемъ не на изученіи только русскаго и германскаго права (какъ у Неволина), а еще и множества славянскихъ историческихъ бытовыхъ формъ.

Эти идеи прекрасно иллюстрируются обильными памятниками старинныхъ сдѣлокъ, частью бывшихъ уже въ виду у Неволина, частью вновь публикованныхъ [1]) и разработанныхъ позднѣйшими писателями.

Въ этихъ памятникахъ юридическихъ сдѣлокъ мы имѣемъ случаи отчужденія (возмезднаго и безмезднаго) недвижимостей самаго различнаго свойства, производимыхъ иногда *цѣлымъ родомъ* или общиной, причемъ нѣтъ сомнѣнія, что отчуждаемая земля, рыбная ловля и проч. принадлежитъ всему союзу (см. Новгор. купчія и данныя въ Акт. Юрид.).

На ряду съ этимъ идутъ разнообразные акты, въ коихъ отчужденіе или залогъ вотчины производится самимъ вотчинникомъ, но *съ соучастіемъ*, въ качествѣ свидѣтелей сдѣлки, послуховъ, его близкихъ, не только нисходящихъ, но и его родичей.

Еще болѣе любопытно и характерно для эпохи послѣдовательное отчужденіе цѣлыми поколѣніями, дѣдомъ, отцомъ, внукомъ, все той же отчины ихъ старинной и тому же пріобрѣтателю. Своеобразная iteratio, безъ которой право не крѣпко въ рукахъ пріобрѣтателя. Очевидно, одинъ актъ продажи, залога, вовсе недостаточенъ, чтобъ вещь перешла къ пріобрѣтателю, ибо закладывая ее или продавая, даря, жертвуя, отказывая, я достигаю въ юридическомъ смыслѣ только того эфекта, котораго я способенъ достигнуть по степени интензивности моего права. Я продаю за себя, за дѣтей, но если землевладѣніе не мое только, а *наше*, *старинная наша отчина*, *дѣдина*, то явно, что я одинъ не могу разорвать связи ея съ нашимъ родомъ одной

[1]) Особенно Ѳедотовымъ-Чеховскимъ въ 60-хъ годахъ, г. Мейчикомъ въ 70-хъ (см. выше) и въ послѣднее время С. А. Шумаковымъ и другими. Молодой московскій ученый П. И. Бѣляевъ (однофамилецъ Ивана Дмитріевича Бѣляева) воспользовался всѣмъ наличнымъ матерьяломъ въ своемъ послѣднемъ изслѣдованіи: „Анализъ нѣкоторыхъ пунктовъ древне-русскаго завѣщанія“. Москва. 1897 г., особ. стр. 89 до 101.

своей силой. Надо чтобъ со мной въ сдѣлкѣ отчужденія или соучаствовали эти близкіе, или чтобъ они подтверждали, какъ князья подтверждаютъ свои жалованья, мою волю послѣдующими своими сдѣлками, тоже или даровыми или возмездными. Это наблюденіе дало основаніе Неволину заключить, что сдѣлка купли-продажи (это только примѣръ) не представляла собой въ старинномъ смыслѣ акта окончательнаго переноса права собственности по недвижимостямъ на пріобрѣтателя. Чтобъ дать акту болѣе рѣшительный эффектъ, прибавляли къ купчей или дарственной слова— въ вѣкъ, въ прокъ, въ одерень. Но и это, какъ видно изъ нѣкоторыхъ примѣровъ [1]), не гарантируетъ пріобрѣтателю безповоротность укрѣпленія. Правопреемникъ продавца, нисходящій, родичъ, нерѣдко можетъ предложить пріобрѣтателю деньги, уплаченныя имъ за вотчину и вернуть ее себѣ. Здѣсь зародышъ *права выкупа* для разныхъ круговъ лицъ, особенно для родичей. Купля-продажа пріобрѣтаетъ, такимъ образомъ, характеръ какъ бы только фидуціарной формы залога, съ переносомъ права собственности на покупщика до возврата ему покупной цѣны.

Въ правосознаніи еще мало развилась та рѣшающая сила сдѣлки, окрѣпшая, отвердѣвшая, которая соотвѣтствуетъ и въ вопросахъ права кристаллизовавшемуся сознанію права моего и только моего, безъ соучастія въ его укрѣпленія цѣлыхъ круговъ лицъ, имѣющихъ на вещь евентуальныя притязанія разнаго типа. И сила личнаго права и сила сдѣлки еще въ состояніи неокрѣпшемъ, текучемъ, im flüssigen Zustande, какъ выражался Ihering. Это особенно ясно вездѣ, гдѣ недвижимость отчуждается цѣной движимаго имущества, денегъ, которыя въ эту пору далеко еще не способны составить эквивалентъ землевладѣнія.

Особое обиліе всякаго рода актовъ отчужденія недвижимостей дошло до насъ изъ сдѣлокъ съ монастырями. Установленія церковныя могли надежнѣе сопротивляться возобновлявшимся притязаніямъ родичей на отчужденныя имъ недвижимости.

Но и тутъ много примѣровъ какъ бы все возобновляющагося укрѣпленія за монастыремъ разъ проданнаго, заложеннаго и просроченнаго, или отказаннаго монастырю землевладѣнія, пока, наконецъ, пріобрѣтеніе чужой вотчины у монастыря станетъ окончательнымъ.

Къ тому времени, когда стала крѣпнуть сила Московскаго государства, въ немъ самомъ образовался надежный и постоянный посредствующій органъ, который способенъ былъ сообщить

[1]) Особенно у Мейчика.

большую твердость этому состоянію ферментаціи сдѣлокъ по недвижимостямъ. Съ этимъ вмѣстѣ неисчерпаемое, вѣроятно, у насъ, какъ и у нѣмцевъ, разнообразіе притязаній союзовъ на подтвержденіе старыхъ сдѣлокъ или на выкупъ землевладѣнія сводится къ одному типу и ограничивается опредѣленнымъ срокомъ. По отношенію къ родовымъ вотчинамъ уже Судебникъ Ивана IV ограничиваетъ притязаніе родичей на выкупъ родовой вотчины, правда, крайне продолжительнымъ, но все же *разъ навсегда установленнымъ* сорокалѣтнимъ срокомъ.

Только въ московскомъ законодательствѣ становится возможнымъ опредѣлить болѣе или менѣе надежнымъ образомъ и другія черты права родового выкупа.

Здѣсь же государство было наиболѣе заинтересовано *въ охраненіи землевладѣнія въ рукахъ служилыхъ людей посредствомъ выкупа* ихъ не только изъ обладанія чужеродцевъ, но особенно изъ обладанія церковнаго.

Уложеніе царя Алексѣя Михаиловича только точнѣе опредѣляетъ тѣ же черты стараго института выкупа родовыхъ имуществъ и въ томъ же кругу служилаго сословія, удерживая тотъ же сорокалѣтній срокъ. Въ другихъ классахъ были своего рода ограниченія правооборотности недвижимостей, но не интересами рода, а совершенно иными, преимущественно податными.

Указъ Петра о единонаслѣдіи сдѣлалъ излишнимъ выкупъ, ибо собственно и самые акты отчужденія стали по силѣ этого указа весьма рѣдки. Одно важное видоизмѣненіе слѣдуетъ замѣтить въ составѣ этого законоположенія. Къ числу имуществъ, подлежащихъ дѣйствію этого указа, отнесены не только земли, основа служилаго фонда въ Московскомъ государствѣ, но и лавки и дворы. До крайности трудно объяснить себѣ, какимъ образомъ, по какимъ соображеніямъ Петръ Великій, требовавшій науки и труда, а не суетныхъ ожиданій дарового стяжанія отъ класса служилаго, отъ кадетовъ особенно, могъ расширить на имущества торговаго типа (лавки) то же ограниченіе гражданской правооборотности, которое по существу соотвѣтствовало, казалось бы только привилегированнымъ формамъ обладанія служилаго класса населенными имѣніями.

Здѣсь, кажется, умѣстно одно предположительное объясненіе. Петръ зналъ, какую силу заключалъ въ себѣ старый классъ подьячихъ для извращенія смысла его законовъ и для ихъ обхода. Абсолютный характеръ указа быть можетъ былъ направленъ именно противъ этого мастерства обхода указовъ старымъ подьячествомъ.

Со времени отмѣны петровскаго закона указомъ Анны (31 г.) въ практикѣ родового выкупа начинается такое усиленное движеніе, что во всей сферѣ правъ челобитчиковыхъ не легко найти другой вопросъ, который разрабатывался бы съ такой тщательностью и постоянствомъ, какъ именно *вопросъ о родовомъ выкупѣ*. Очевидно, что на ряду съ принявшею послѣ отмѣны петровскаго указа крайне широкіе размѣры комерціальностью населенныхъ имѣній, привилегированные ихъ обладатели были до крайности заинтересованы именно операціями поворота отчужденныхъ родовыхъ вотчинъ опять въ свой родъ. Въ теченіе XVIII, а затѣмъ и начала XIX в. въ этой сферѣ обнаруживаются признаки, носящіе тревожный характеръ. Притязанія родичей идутъ не на недвижимости только. Въ законодательныхъ сферахъ возбуждается вопросъ о правѣ поворачивать сдѣлки отчужденія *отдѣльныхъ крѣпостныхъ людей въ чужой родъ*. И это, въ иныхъ случаяхъ, могло давать нѣкоторые барыши!... Наконецъ въ александровскую эпоху не только притязаютъ, но достигаютъ, временно, *признанія родового характера даже за капиталомъ* [1]). Всѣ средства хороши для обезпеченія интересовъ родичей, кромѣ своего труда и промысла.

Несомнѣнно, однако, что законодательство даже эпохи Анны вовсе не спѣшитъ идти навстрѣчу этому вдругъ охватившему общество подъему родственныхъ чувствъ. Мы видимъ, что указы этой эпохи не только не спѣшатъ отдѣльно взятыхъ крѣпостныхъ объявлять родовымъ достояніемъ, но отказываютъ признать характеръ имущества родового за Высочайше пожалованными вотчинами. Сверхъ сего, и это въ высокой степени важно, длившееся на цѣлыя сорокъ лѣтъ право выкупа родовыхъ имуществъ сокращено до минимальныхъ предѣловъ, до трехлѣтняго термина (37 г.).

Указъ не только даетъ намъ это поразительное сокращеніе въ свое время, въ прежнихъ бытовыхъ условіяхъ, неизбѣжной мѣры огражденія интересовъ родичей, но и разъясняетъ намъ основанія для этого измѣненія. Эти соображенія близки къ тѣмъ, которыми руководились нѣмецкія законодательства той эпохи. Слишкомъ продолжительное выжидательное положеніе недвижимости, купленной изъ чужого рода, ведетъ, въ хозяйственномъ смыслѣ, къ тому, что *новый собственникъ* не только жалѣетъ тратъ на улучшеніе благопріобрѣтеннаго имѣнія, но прямо за-

[1]) Капиталъ до 5.000 р. можетъ быть объявленъ неотчуждаемымъ изъ рода (1817—1824 г.).

пускаетъ ею, чтобъ не привлекать родичей къ повороту имѣнія цѣною выкупа [1]).

Весьма ограниченнымъ оказалось при новомъ срокѣ выкупа *право дѣтей* выкупать отчины отчужденныя или заложенныя отцомъ, ибо при жизни отца дѣти не могутъ выкупать, а для выкупа послѣ смерти родителя срокъ обыкновенно оказывался или уже истекшимъ или очень краткимъ.

Въ екатерининскомъ законодательствѣ, не только при отсутствіи всякихъ новыхъ поводовъ къ расширенію предѣловъ примѣненія типа родового имущества, но и при исчезавшихъ старыхъ поводахъ, такъ какъ церковныя имѣнія усиленно секулизировались въ эту пору, мы находимъ именно такое расширеніе, правда, въ особомъ видѣ законодательныхъ актовъ, въ жалованной грамотѣ, но все же несомнѣнное ихъ расширеніе.

Это любопытное явленіе видно въ жалованныхъ грамотахъ 21 апр. 85 г. дворянству и городамъ. Никого не удивитъ жалованье служилому классу, ибо это было совершенно въ духѣ той эпохи. Но на ряду съ торжественной рѣчью манифеста, обращенной къ дворянству, мы находимъ, mutatis mutandis, изумительную репродукцію того же жалованья мѣщанамъ: „мѣщанинъ бывъ первымъ пріобрѣтателемъ его состоянію приличнаго имѣнія, имъ благопріобрѣтенное имѣніе воленъ дарить, или въ приданое отдать, или передать, или продать, кому заблагоразсудитъ; *наслѣдственнымъ же имѣніемъ да не распоряжаетъ инако, какъ законами предписано*“ [2]). Такимъ образомъ, нашъ мѣщанинъ къ концу XVIII вѣка оказался хозяиномъ не только благопріобрѣтеннаго имущества, его состоянію приличнаго, которое законъ предоставляетъ ему дарить кому угодно, но еще сверхъ того и имущества *родового*, которое онъ пріобрѣлъ, очевидно, отъ своихъ предковъ въ порядкѣ законнаго преемства!

Труднѣе всего, конечно, для этого мѣщанина, собственно вѣчнаго homo novus, ради блеска своего рода, розыскать источники, способные удостовѣрить его генеалогію для выкупа имъ предполагаемой родовой недвижимости!

Это „жалованье“ появилось въ составѣ нашего права въ такую пору, когда на Западѣ, не видя больше цѣли въ старомъ правѣ выкупа даже въ кругу дворянскихъ родовъ, спѣшили устранить эти скорѣе вредные, чѣмъ полезные (см. выше) остатки старины изъ законодательной практики новаго времени.

---

[1]) Ср. Неволина, ч. 3-я, стр. 95 (§ 423) и указъ 1737 г. авг. 1-е (7339), п. 12.
[2]) 1785 г. апр. 21 (16188), ст. 88, ср. (16187), ст. 22.

Въ такомъ нездоровомъ, мало соображенномъ съ интересами дѣйствительности, состояніи мы оставляемъ русское законодательство конца XVIII в. по вопросу о родовыхъ имуществахъ.

Позднѣйшее право вынуждено было считаться съ этой очевидной фальшью въ ея практическомъ, конечно, совершенно спорадическомъ, примѣненіи къ жизни. Надо было позже еще, въ порядкѣ законодательства, досказать, что выкупъ можетъ имѣть мѣсто *только* въ случаяхъ отчужденія имуществъ *въ кругу своего сословія*. Иначе и это давало поводъ къ безконечнымъ кляузамъ. Это было досказано въ законѣ 1807 года (т. X ч. 1 ст. 1350).

Въ результатѣ этого законодательнаго движенія, законченнаго и прецизированнаго детально въ указахъ весьма различныхъ эпохъ, мы получили тотъ институтъ родовыхъ имуществъ, который есть и понынѣ дѣйствующій въ системѣ нашего гражданскаго права.

Въ современномъ своемъ состояніи институтъ родовыхъ имуществъ является въ составѣ X т. ч. I весьма тщательно и безупречно разработаннымъ по всѣмъ даннымъ нашего стараго права. Дѣленіе имуществъ на родовыя и благопріобрѣтенныя отнесено исключительно къ имуществамъ недвижимымъ, но къ любому ихъ виду (ст. 396), когда самое имущество составляетъ объектъ права собственности его владѣльца; къ движимостямъ и денежнымъ капиталамъ это дѣленіе имуществъ на два вида не имѣетъ примѣненія, и никакой споръ о родовомъ ихъ происхожденіи не пріемлется (398).

Законъ нашъ не устанавливаетъ прямо отвлеченныхъ признаковъ, коими опредѣляется свойство недвижимости какъ имущества родового, а даетъ намъ перечень имуществъ, которыя должны быть разсматриваемы какъ благопріобрѣтенныя (397), и затѣмъ указываетъ случаи, когда недвижимости становятся имуществами родовыми (ст. 399).

Къ числу благопріобрѣтенныхъ отнесены имущества, достав-шіяся *изъ чужого рода* покупкою, дарственной записью или инымъ укрѣпленіемъ; но сюда идетъ также имущество *купленное у родича*, когда оно у него было благопріобрѣтеннымъ. Имуществомъ благопріобрѣтеннымъ будетъ поэтому и такое, которое отецъ купилъ у сына, если оно досталось сыну отъ матери, непринадлежащей къ одному съ отцомъ роду. Главнѣйшимъ же образомъ благопріобрѣтеннымъ будетъ то имущество, которое *нажито собственнымъ трудомъ и промысломъ*. На ряду съ этимъ законодатель разрѣшаетъ еще два вопроса, способные возбудить колебаніе, именно: 1) какимъ слѣдуетъ почитать имущество Высочайше

пожалованное? Это вопросъ для насъ почти непонятный, ибо въ наше время служба есть такой же личный трудъ и промыселъ какъ и другіе виды труда. Но вопросъ этотъ возникъ не въ наши дни, а въ началѣ XVIII в. и былъ тогда разрѣшенъ не въ пользу родовыхъ притязаній. Наша кодификація занесла поэтому въ перечень имуществъ благопріобрѣтенныхъ, какъ особый ихъ видъ, имущества Высочайше пожалованныя.

2) Другой вопросъ—что такое указная часть супруговъ? Есть ли это видъ *наслѣдованія* умершему, или это нѣчто отличное отъ наслѣдства? Законъ нашъ отличаетъ во многихъ пунктахъ понятіе *указной доли* отъ понятія доли наслѣдственной, и статья 397 п. 6 говоритъ, что указная часть супруга (хотя пріобрѣтаемая *въ силу закона* по смерти другого супруга) составляетъ у пережившаго супруга имущество благопріобрѣтенное (см. все содержаніе ст. 397).

Изъ разобранной статьи мы имѣемъ только, такъ сказать, отрицательные признаки, т.-е. отвѣтъ на вопросъ, *какое имѣніе не есть родовое.*

Какіе же положительные признаки этого понятія?

Дѣло въ томъ, что именно сколько-нибудь постоянныхъ признаковъ, прочныхъ, связанныхъ съ продолжительнымъ положеніемъ недвижимости, вовсе нѣтъ.

Нельзя сказать, что родовымъ имуществомъ будетъ та недвижимость, которая *продолжительно* пребывала въ обладаніи круга лицъ, связанныхъ кровными узами. Это было такъ всегда, у нѣмцевъ, у насъ въ старину; но это вовсе не такъ теперь. Распознать въ теперешнихъ условіяхъ, какое имущество у даннаго лица есть благопріобрѣтенное, какое родовое, можно, лишь тщательно изслѣдовавъ каждый разъ, какимъ это имущество было у правопередатчика и посредствомъ какого юридическаго акта совершился переходъ его къ новому пріобрѣтателю.

При этомъ, имущество, бывшее благопріобрѣтеннымъ, становится родовымъ у пріобрѣтателя, если оно, *хотя бы одинъ разъ*, перешло въ руки пріобрѣтателя *по праву законнаго наслѣдованія* (кромѣ указной части супруговъ), или, хотя на формальномъ основаніи завѣщанія, но тому кто и безъ завѣщанія имѣлъ бы его унаслѣдовать.

И такъ, чтобы перейти изъ разряда благопріобрѣтенныхъ въ разрядъ родовыхъ имуществъ, *достаточно одного случая перехода недвижимости* отъ одного лица къ другому *въ порядкѣ родственнаго преемства.*

Разъ ставъ родовымъ, такое имущество сохраняетъ это свой-

ство до тѣхъ поръ, пока не выйдетъ изъ рукъ родичей въ кругъ чужеродцевъ и не останется въ этомъ кругу три года.

Если три года это имущество не будетъ выкуплено отъ чужеродцевъ, оно теряетъ свойство родового.

Точно также оно теряетъ свойство родового имущества, если будетъ продано съ аукціоннаго торга хотя бы члену того же родового союза (Кас. рѣш. 92/80). Тогда не нужно выжидать никакихъ сроковъ, ибо такая публично проданная недвижимость силой этого акта, такъ сказать, профанируется и тутъ же теряетъ свое специфическое значеніе для родичей.

Сверхъ этого, родовыми *par accession*, сказалъ бы французскій Code, становятся всѣ зданія, постройки, возведенныя владѣльцемъ на землѣ, дошедшей ему по наслѣдству (399, п. 4). Мы не разъ выше проводили не безъ пользы параллель между правоспособностью лицъ (активной) и вещей (пассивной). Еслибы мы здѣсь провели эту же параллель, то оказалось бы, что правоспособность, вѣрнѣе оборотоспособность одной и той же недвижимости можетъ мѣняться съ очень значительной быстротой, по движенію вѣтра, такъ сказать, то въ сторону расширенія, то въ сторону съуженія ея. И это измѣненіе можетъ повторяться не разъ въ теченіе какого-нибудь десятилѣтія.

Нельзя не сказать, что такая гибкость совсѣмъ ни на что не нужна, что эта измѣнчивость можетъ только *мѣшать надежности обмѣна* недвижимостями, никого ничѣмъ не гарантируя.

Мы еще болѣе убѣдимся въ этомъ, когда разсмотримъ, съ какими послѣдствіями связано въ дѣйствующемъ законѣ это различеніе имуществъ на двѣ категоріи, родовыхъ и благопріобрѣтенныхъ.

Надлежитъ замѣтить, однако, что изъ предшествующаго изложенія ясно, что нашъ законъ разчитаннымъ образомъ, именно въ цѣляхъ распространенія этого типа имущественныхъ правъ (родового) на счетъ другого, гдѣ все рѣшаетъ трудъ и промыселъ, никогда не дѣйствовалъ.

Не такъ смотрятъ на дѣло нѣкоторые изъ нашихъ толкователей закона и въ своихъ позднѣйшихъ рѣшеніяхъ наша кассаціонная практика.

Какъ будто отстаивая этотъ видъ имуществъ отъ сокрушающаго дѣйствія времени, К. П. Побѣдоносцевъ, внѣ всякаго сомнѣнія, ищетъ примѣненія этого свойства къ имуществамъ, на которыя законъ не думаетъ его распространять.

Вопросъ ставится такъ: станутъ ли родовыми такія имущества, которыя, будучи у правопередатчика благопріобрѣтенными,

перешли къ правопреемнику посредствомъ выдѣла или назначенія приданаго?

Законъ нашъ не даетъ отвѣта на вопросъ такимъ образомъ поставленный, и это совершенно естественно, ибо и самая постановка вопроса едва ли соотвѣтствуетъ тому взгляду на родовое имущество, который опредѣлился въ старой нашей практикѣ и въ этомъ видѣ введенъ въ Сводъ.

Родовымъ имуществомъ почитаются тѣ, которыя пришли къ данному владѣльцу по *праву законнаго наслѣдованія* (399 п. 1), или по завѣщанію, но къ лицу родственному, которое имѣло бы и безъ завѣщанія *право наслѣдовать умершему* (399 п. 2). Наслѣдство по закону есть *совокупность имуществъ, правъ и обязательствъ*, оставшихся послѣ умершаго безъ завѣщанія (1104). Порядокъ *законнаго* наслѣдованія опредѣляется *линіями* и *степенями* (1121, 1122), причемъ *законъ* указываетъ не только порядокъ преемства, но и *доли соучастія* каждаго призваннаго 1127 и слѣд.).

Что такое выдѣлъ или приданое? Побѣдоносцевъ утверждаетъ, не для тѣхъ только имуществъ, коихъ родовая природа уже опредѣлилась, но и для тѣхъ, которыя суть свободныя отъ всякихъ притязаній рода, что выдѣлъ и приданое представляютъ собою *предваренное наслѣдство*. Какъ трактуетъ нашъ законъ эти явленія (выдѣлъ, приданое), когда для выдѣла и приданаго служитъ не родовое, а благопріобрѣтенное наслѣдство? Составляютъ ли въ этомъ случаѣ выдѣлъ или приданое *на правѣ родственнаго преемства основанное притязаніе* на долю участія въ совокупности имущества правопередатчика, какъ указываетъ ст. 1004?

Вотъ отвѣтъ закона. Родители и восходящіе *властны* дать выдѣлъ дѣтямъ, и дѣти не могутъ требовать отъ нихъ выдѣла (994, 995); изъ благопріобрѣтеннаго родители выдѣляютъ *что заблагоразсудятъ*, а изъ родового они *обязаны* выдѣлить опредѣленную закономъ часть (996). Дѣти, получившія при жизни родителей выдѣлъ изъ родового на часть, *которая бы имъ слѣдовала*, почитаются отдѣленными; если бы часть эта не составляла всего, на что они въ правѣ притязать, то она имъ впослѣдствіи дополняется (997).

Такимъ образомъ выдѣлъ и законное наслѣдованіе различны не только по свойству въ одномъ случаѣ передачи отдѣльной вещи, въ другомъ долевого соучастія во всемъ составѣ имущества, но еще и тѣмъ, что законное наслѣдованіе опредѣляется *на основаніи права родича* соучаствовать въ обладаніи и раздѣлѣ имущества, а выдѣлъ, и именно благопріобрѣтеннаго, не предпо-

лагаетъ ни вообще *права* на соучастіе, ни воособенности правъ на извѣстную долю такого соучастія.

Такимъ образомъ, слѣдуя методу Побѣдоносцева, при этомъ для цѣлей сомнительной пользы (расширеніе понятія родового имущества), мы смѣшиваемъ два положенія, существенно, въ юридическомъ смыслѣ, различныхъ.

Кромѣ того, мы обезразличиваемъ, въ условіяхъ вовсе не регулированныхъ закономъ, сдѣлку между живыми (выдѣлъ-приданое) и сдѣлку mortis causa, тогда какъ наше законодательство въ случаяхъ аналогическихъ (991) ищетъ именно избѣгнуть этого смѣшенія.

Всѣхъ консеквенцій ошибочнаго метода *расширенія* свойствъ родового имущества на непредусмотрѣнные старой практикой и современными нормами случаи нельзя не только предупредить, но даже предусмотрѣть. Мы ограничимся здѣсь только нѣкоторыми соображеніями.

Легко себѣ представить, безъ большого труда, къ какимъ новымъ осложненіямъ и трудностямъ должно привести практику *расширенное* примѣненіе понятій родового имущества къ случаямъ такъ называемаго *предвареннаго* наслѣдства (выдѣлъ и приданое), которое предполагаетъ К. П. Побѣдоносцевъ. Законъ допускаетъ выдѣлы и дачу приданаго изъ состава благопріобрѣтенныхъ имуществъ, не только въ пользу ближайшихъ презумтивныхъ наслѣдниковъ, а вообще въ пользу потомковъ и родственницъ (994, 1001). Такимъ образомъ, выдѣлъ и приданое могутъ въ этихъ актахъ свободнаго распоряженія благопріобрѣтеннымъ имуществомъ по усмотрѣнію собственника совсѣмъ утратить всякое сходство съ наслѣдованіемъ и совершенно подойти къ понятію чистаго даренія недвижимости.

Извѣстно, однако, что акты дарственные существенно, по своему юридическому строенію, отличены вообще и отличены нашимъ закономъ воособенности отъ другихъ безмездныхъ способовъ пріобрѣтенія, къ числу коихъ нашъ законъ относитъ и завѣщаніе. Это видно не только въ указанной выше ст. 991; но это сопряжено съ самымъ существеннымъ видоизмѣненіемъ юридическаго дѣйствія тѣхъ и другихъ актовъ. Актъ завѣщательный приходитъ въ дѣйствіе съ момента смерти завѣщателя и въ смыслѣ перенесенія на наслѣдника правъ на недвижимости не подлежитъ, конечно, возврату ихъ прежнему собственнику. Совершенно иное дѣло для дареній, которыя въ указанныхъ (ст. 974) случаяхъ, подлежатъ именно возврату дарителю. Не можетъ быть сомнѣнія, что не только даръ, но и выдѣлъ, подобно дару

(976), можетъ быть сдѣланъ подъ условіемъ, съ тѣми же послѣдствіями, какія указываетъ ст. 976 для даренія (см. еще ст. 975 и 977).

Рискованный характеръ примѣненія понятій наслѣдованія умершему къ сдѣлкамъ inter vivos (*предваренное* наслѣдство) съ особой ясностью обнаружится тамъ, гдѣ предваряющій наслѣдованіе пріобрѣтатель выдѣла, евентуально и приданаго, умретъ ранѣе дарителя. Законъ нашъ предусматриваетъ и такой случай въ извѣстномъ примѣненіи, гдѣ подобный даръ (выдѣлъ) подлежитъ возврату родителямъ не въ видѣ наслѣдованія, а яко даръ (1142).

Мы спрашиваемъ, какихъ принциповъ могли бы держаться наши практики въ этихъ случаяхъ *предвареннаго наслѣдства* для опредѣленія качествъ такихъ имуществъ какъ родовыхъ или благопріобрѣтенныхъ?

Мы не будемъ осложнять еще возможной казуистики такого *предвареннаго* наслѣдованія, когда выдѣлъ и приданое, или же вообще даръ, будетъ совершенъ въ пользу потомковъ (дѣтей), во время даренія не принадлежавшихъ къ кругу родства законнаго дарителя и впослѣдствіи узаконенныхъ.

Возможно думать, что затрудненія практики въ примѣненіи понятія *предвареннаго наслѣдства для* опредѣленія свойства недвижимости какъ родовой будутъ неисчислимы.

Независимо отъ этого, правильно ли примѣнять методу расширяющаго толкованія къ институтамъ, носящимъ въ условіяхъ эпохи характеръ нормъ права исключительнаго, особеннаго, а не общаго?

Мы не можемъ, по соображеніямъ теоретическимъ, съужать произвольно сферу дѣйствія такихъ институтовъ, которые вмѣстѣ съ временемъ теряютъ свою прежнюю внутреннюю историческую основу. Они все же остаются въ силѣ, ибо для силы дѣйствующихъ нормъ юристу нѣтъ необходимости всякій разъ подъискивать и повѣрять внутреннюю разумность безспорнаго положенія. Non omnium, qvae a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest (Юліанъ). Et ideo rationes eorum qvae constituuntur, inqviri non oportet (Нерацій). Но также безспорна старая максима истолкованія юридическихъ нормъ, qvod contra rationem juris receptum est non est producendum ad conseqventias (Юлій Павелъ).

Въ виду этого мы думаемъ, что правильнѣе будетъ совсѣмъ отказаться отъ примѣненія рискованнаго понятія *предвареннаго наслѣдства* къ сферѣ правоотношеній по имуществамъ благопріобрѣтеннымъ.

Дѣйствующее законодательство явно, для *первоначальнаго* установленія надежнымъ образомъ свойствъ извѣстнаго имущества какъ родового, требуетъ безусловно *хотя бы разъ осуществленнаго притязанія родича на опредѣленную долю соучастія въ составѣ цѣлаго наслѣдства именно по праву родственнаго преемства*, а не по чьему либо усмотрѣнію. Гдѣ нѣтъ этихъ условій, тамъ нѣтъ и надежнаго признака обращенія благопріобрѣтеннаго имущества въ родовое.

Мы указали такимъ образомъ, какія сочетанія притязаній къ имуществу опредѣляютъ въ результатѣ *родовое свойство недвижимости* въ рукахъ извѣстнаго его обладателя.

Такъ же легко и просто, какъ образуется эта связь опредѣленной недвижимости съ родомъ ея обладателя, также легко и просто она разрѣшается.

Намъ надлежитъ перейти, засимъ, къ вопросу о *прекращеніи въ имуществахъ свойства родовыхъ* и переходѣ ихъ вновь въ категорію благопріобрѣтенныхъ. Этотъ вопросъ, коего мы уже касались выше, полнѣе разрѣшается анализомъ особенностей этого вида имуществъ.

Въ чемъ же заключаются эти особенности?

Мы сказали выше, что послѣдствія этого свойства имуществъ опредѣляются *ограниченіемъ*, въ извѣстныхъ цѣляхъ, *оборотоспособности* родовой *недвижимости*.

Въ чемъ состоятъ эти ограниченія?

Прежде всего имущество родовое не подлежитъ отчужденію *чужеродцу безмезднымъ сдѣлками* inter vivos (дареніе, пожертвованіе, выдѣлъ, назначеніе приданаго) и mortis causa (завѣщаніе). По отношенію къ завѣщательнымъ актамъ лишь съ 1862 г. нашъ законъ предоставляетъ одному изъ супруговъ отдать родовое недвижимое имѣніе пережившему его другому супругу въ пожизненное владѣніе. Это крайне важное вторженіе новаго законодательства въ сложившуюся сферу родовыхъ правоотношеній указываетъ намъ тенденцію законодателя скорѣе расширить, чѣмъ сократить свободную оборотность родовыхъ имуществъ со временъ освободительныхъ актовъ Императора Александра II (см. т. X ч. I ст. 533[1] и слѣд.).

Что касается распоряженій родовымъ имуществомъ *внутри родового союза*, то собственнику предоставлена въ извѣстныхъ *исключительныхъ* условіяхъ нѣкоторая свобода распоряженія ими дарственнаго, именно посредствомъ завѣщанія. Но это только въ томъ случаѣ, когда у завѣщателя не останется по смерти его ни дѣтей, ни иныхъ нисходящихъ по прямой линіи. Въ этомъ исключитель-

номъ случаѣ завѣщатель въ правѣ выбрать себѣ наслѣдника изъ круга лицъ того рода, изъ коего къ нему пришла подлежащая завѣщанію родовая недвижимость или часть ея (1068, причемъ необходимо нотаріальное завѣщаніе). Иначе родовое имущество подлежитъ только въ той мѣрѣ безмезднымъ распоряженіямъ собственника, въ какой члены рода въ правѣ притязать на него по закону. Единственное ограниченіе допущенное здѣсь закономъ составляетъ собою *актъ карательной власти родителей* по отношенію къ дѣтямъ, когда дѣти вступили въ бракъ вопреки рѣшительнаго запрещенія родителей или безъ испрошенія ихъ согласія, если при этомъ родители принесли на это жалобу, по силѣ 1566 ст. Улож. о наказ.

Совершенно иначе трактуются акты *возмезднаго отчужденія* родового имущества его собственникомъ. Возмездными способами (купля-продажа, мѣна, залогъ) имущество родовое отчуждается также, какъ и благопріобрѣтенное. При этомъ, если имущество родовое отчуждено возмезднымъ способомъ члену того же рода, то оно *не теряетъ своего родового* свойства и, натурально, не подлежитъ выкупу родичей (1347 п. 1). Наоборотъ, если актъ возмезднаго отчужденія совершенъ по сдѣлкѣ съ чужеродцемъ, то наступаетъ опасность окончательнаго выхода родовой недвижимости изъ сферы дѣйствія вотчинныхъ притязаній родичей. Въ случаяхъ отчужденія родовой недвижимости чужеродцу *посредствомъ публичной продажи*, такая недвижимость сразу и безвозвратно утрачиваетъ свое родовое свойство (1347 п. 3 и 4). Если родовая недвижимость отчуждена возмездной приватной сдѣлкой, тогда право выкупа, возврата ея въ родъ, теряетъ тотъ изъ членовъ рода, который далъ свое рукоприкладство къ акту возмезднаго отчужденія и содѣйствовалъ совершенію ея въ качествѣ свидѣтеля [1]) (1362). Права выкупа не имѣютъ дѣти и внуки продавца при его жизни (1356).

Право выкупа, затѣмъ, принадлежитъ родичамъ, въ порядкѣ соотвѣтствующемъ порядку законнаго наслѣдованія, о коемъ мы будемъ имѣть случай говорить въ своемъ мѣстѣ.

Срокъ выкупа есть тотъ же трехлѣтній, который опредѣлился въ законодательствѣ Императрицы Анны Ивановны.

Мы не касаемся и другого вопроса, о цѣнѣ выкупа, которому должно принадлежать свое мѣсто въ системѣ.

Замѣтимъ только, что по всему своему строенію юридическая

---

[1]) Объ этомъ любопытномъ остаткѣ стараго послушества мы будемъ имѣть случай говорить въ ученіи о юридической сдѣлкѣ.

природа имущества родового представляетъ собою отживающую, обращенную къ прошлому и неимѣющую будущаго историческую категорію. Это лежитъ не только въ свойствахъ самого союза, но наряду съ этимъ и въ различеніи объектовъ обладанія (движимостей и недвижимостей), которые нынѣ приходятъ во взаимоотношеніе совершенно чуждое эпохѣ образованія понятія родового имущества.

Немудрено, въ связи съ этимъ, что упраздненію этого раздѣленія, несомнѣнно стоящему на очереди, вслѣдъ за подобнымъ явленіемъ на Западѣ, и у насъ, будутъ содѣйствовать не только крайне легкіе обходы легальныхъ нормъ, стоящихъ на стражѣ стараго порядка, но и прямой переводъ обладанія недвижимостью въ иную форму, образованію коей законъ въ извѣстныхъ случаяхъ вовсе не препятствуетъ. Такія явленія мобилизаціи недвижимости мы видѣли въ Германіи на примѣрѣ горнозаводскихъ промысловъ. То же самое мы наблюдаемъ и въ русской жизни (см. выше, 538).

Право родового выкупа представляетъ собой въ теперешнихъ бытовыхъ условіяхъ несомнѣнную аномалію. Принудительное отчужденіе имущества изъ рукъ собственника нынѣ, въ системѣ права общаго, допустимо, согласно разуму права, только тамъ, гдѣ право частнаго собственника приходитъ въ столкновеніе съ интересомъ общественнымъ. Вынужденный поворотъ родовыхъ недвижимостей въ пользу родичей можетъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ быть для собственника отнюдь не менѣе тяжелымъ, чѣмъ принудительное отчужденіе на пользу общественную, причемъ въ массѣ случаевъ такіе повороты не оправдываются *никакими* серьезными *соображеніями общественнаго интереса.*

Если подъ очевиднымъ разрушительнымъ дѣйствіемъ времени гибнутъ старые устои, на коихъ нѣкогда дѣйствительно держалась сила и достоинство кровныхъ союзовъ и нерѣдко ихъ добрыя преданія, то, въ измѣнившихся бытовыхъ условіяхъ, законодательство должно искать, для достиженія тѣхъ же цѣлей, иныхъ средствъ, ближе соотвѣтствующихъ духу времени, а не упорствовать въ поддержкѣ старыхъ рессурсовъ, ложащихся на интересы общаго обмѣна затрудненіями, которыхъ далеко не уравновѣшиваютъ достигаемыя этимъ путемъ выгоды. Въ тѣхъ случаяхъ, когда институтъ родовыхъ имуществъ служитъ евентуально для огражденія интересовъ *семьи* противъ ничѣмъ неудержанной свободы совѣщаній, онъ можетъ несомнѣнно быть замѣненъ другими средствами, ближе соотвѣтствующими именно этой цѣли, которая вовсе не есть основная въ теперешнемъ строеніи института.

Огражденіе интересовъ *родичей* могло имѣть свое основаніе въ тѣхъ бытовыхъ условіяхъ, гдѣ дѣйствительно охраненіе имущества въ рукахъ даннаго обладателя можно было поставить имъ именно, членамъ этого союза, въ ихъ заслугу, но это предполагаетъ *долговременное* пребываніе такого имущества или такого хозяйства въ кругу лицъ, связанныхъ родственными узами. Въ теперешнемъ строѣ института, гдѣ довольно *одного перехода* недвижимости *въ порядкѣ родственнаго преемства*, чтобы имущество стало родовымъ, притязанія родичей держатся явно не на заслугахъ ихъ передъ союзомъ, а представляютъ собою обыкновенно простой *пріятный сюрпризъ*, который достается ничего не заслужившимъ людямъ цѣной большихъ стѣсненій свободнаго и правильнаго имущественнаго обмѣна.

Всѣ ли различія вещей, важныя для права, мы исчерпали здѣсь? Нѣтъ. Есть рядъ такихъ различій, которыя суть общія для римскаго и современнаго права, и мы на этихъ различіяхъ не останавливались въ виду знакомства съ ними въ пандектной системѣ. Есть, далѣе, различія, отмѣченныя въ X т. ч. I (имущества наличныя и долговыя, ст. 416—420, и тѣнныя и нетлѣнныя ст. 405), далеко неимѣющія общаго значенія ни для систематики гражданскаго права, ни для практическаго примѣненія цивильныхъ нормъ. Чтобъ освоиться съ этими категоріями достаточно прочитать указанныя статьи закона.—Наконецъ, еще вопросъ, всѣ ли виды вещей, входящихъ въ составъ имущества въ цивильномъ смыслѣ, мы исчерпали въ этой главѣ? Тоже нѣтъ. Въ имуществѣ частнаго лица очень видное мѣсто можетъ принадлежать его привилегіямъ, концессіямъ, которыя ему даны. Здѣсь все зависитъ отъ содержанія подобныхъ актовъ. Такое же значеніе можетъ принадлежать авторскому праву на произведенія литературныя, художественныя, музыкальныя, на изобрѣтенія и открытія и тому подобное. Это область такъ назыв. immaterielles Güterrecht, droit d'auteur, propriété industrielle, littéraire. Мы не могли бы здѣсь трактовать этотъ вопросъ, оставаясь въ предѣлахъ общихъ конструктивныхъ элементовъ и не входя въ подробности строенія спеціальнаго института. Наряду съ этимъ лицо можетъ владѣть массой цѣнныхъ бумагъ, именныхъ, предъявительныхъ. Мы не касались здѣсь и этихъ отдѣльныхъ видовъ имущества, ибо каждый изъ этихъ видовъ представляетъ собою отдѣльную типическую форму гражданскаго правоотношенія, изученіе коего не можетъ быть взято внѣ связи съ особой конструкціей всего института и посему не должно входить въ общую часть.

Наконецъ, мы не остановились на вопросѣ о деньгахъ.

Этого послѣдняго вопроса мы коснулись выше, говоря о значеніи общаго мѣрила цѣнностей для исторіи развитія гражданской правооборотности вещей.

Деньги, однако, въ правѣ имѣютъ не одно значеніе общаго средства измѣренія цѣнностей. Деньги составляютъ самостоятельную вещь, способную служить предметомъ многочисленныхъ своеобразныхъ юридическихъ сдѣловъ. Таковы вообособенности обязательства, въ массѣ случаевъ формулируемыя на опредѣленную сумму денегъ или на опредѣленное количество монеты. Эта сторона вопроса будетъ нами разсмотрѣна въ связи съ особымъ ученіемъ объ обязательствахъ.

Свойства вещей, способныхъ служить орудіемъ для указанныхъ цѣлей, суть очень различныя, и вопросъ о томъ, что собственно способно функціонировать въ обмѣнѣ въ качествѣ денегъ есть очень важный экономическій и историко-юридическій вопросъ, котораго здѣсь мы не можемъ исчерпать.

Въ современномъ правѣ господствующую въ обмѣнѣ роль играютъ *металлическія деньги*. Мы, однако, касаемся здѣсь не всемірныхъ средствъ обмѣна, вопросъ о коихъ можетъ быть достаточно разъясненъ лишь въ связи съ международнымъ правомъ. Наша задача ограничена ближайшимъ примѣненіемъ въ данной странѣ общихъ положеній о металлическихъ деньгахъ, какъ средствѣ обмѣна.

Въ этомъ примѣненіи денежное обращеніе опредѣляется не общимъ только экономическимъ закономъ, а наряду съ этимъ и позитивными юридическими нормами. Мы имѣемъ такимъ образомъ закономъ установленную единицу измѣренія цѣнностей (у насъ рубль), которую составляетъ опредѣленное количество металла, и эта денежная единица служитъ общимъ легальнымъ способомъ опредѣленія цѣнъ и производства платежей во всѣхъ случаяхъ, гдѣ нѣтъ отступленія отъ этой нормы въ силу особыхъ основаній, обыкновенно договорнаго характера.

Металлическія деньги получаютъ въ оборотныхъ цѣляхъ видъ опредѣленной монеты. Такимъ образомъ въ теперешнемъ денежномъ обращеніи мы имѣемъ золотую монету (имперіалъ) опредѣленнаго закономъ содержанія металла, котораго одна пятнадцатая часть составляетъ общую отвлеченную единицу измѣренія цѣнностей.

Къ этой единицѣ сводятся за симъ вся монетная система и бумажныя деньги, коихъ отношеніе къ монетѣ опредѣляется законодательствомъ не одинаково въ разныхъ государствахъ и въ разное время.

Есть еще одинъ вопросъ, который занималъ особенно нѣмецкую литературу въ началѣ 60-хъ годовъ. Это вопросъ о томъ, могутъ ли быть объектомъ права не вещи, матеріальныя или не матеріальныя, а *права*. Особое приложеніе эта проблема находила въ правѣ залога, особенно заклада, напр., заклада долговыхъ требованій (pignus nominis) или заклада залоговаго требованія (pignus pignoris). Германисты ставили проблему широко. Вопросъ этотъ, однако, тоже трудно разбирать въ составѣ общей части и удобнѣе разсмотрѣть въ связи съ указанными специфическими явленіями [1]).

Еще одинъ вопросъ. Мы разсматривали какъ объектъ гражданскаго права имущество и его составныя части. Объекты имущественнаго обладанія оцѣниваются, въ извѣстныхъ условіяхъ гражданскаго обмѣна, *на деньги*. Слѣдуетъ ли отсюда, однако, какъ думаетъ Кавелинъ, что права гражданскія и система имущественныхъ, оцѣночныхъ правоотношеній одно и тоже? Нѣтъ, и мы это отрицаемъ въ двоякомъ смыслѣ. Во 1-хъ, возможны имущественныя притязанія, которыя вовсе не связаны съ правомъ гражданскимъ. Сюда должны быть отнесены не только многообразныя имущественныя притязанія государства къ частнымъ лицамъ (подати, повинности, штрафы), но и притязанія бѣдныхъ на денежныя пособія. А, затѣмъ, составъ гражданскихъ правоотношеній не ограничивается притязаніями только имущественными. Въ правѣ союзномъ нельзя оцѣнивать связаннаго съ обладаніемъ пая или акціи права голоса на деньги. Нельзя сводить къ денежной оцѣнкѣ всего содержанія правъ авторскихъ. Нельзя, засимъ, измѣрять денежнымъ критеріемъ правъ старшинства, принадлежащихъ сонаслѣдникамъ въ общемъ имуществѣ (т. X ч. 1 ст. 1324). Наконецъ, нельзя оправдать, какъ это дѣлаютъ нѣкоторые цивилисты и до послѣдняго времени (у насъ Кавелинъ, у нѣмцевъ Рудольфъ Зомъ), исключенія изъ области гражданскихъ правъ правоотношеній типа семейнаго.

Въ заключеніе слѣдуетъ замѣтить, что на ряду съ отношеніями чисто имущественнаго типа существуютъ таковыя же смѣшаннаго типа. На ряду съ характеромъ оцѣночнымъ договора найма для услугъ, въ правоотношеніяхъ, отсюда рождающихся, есть и такія, которыя не подлежатъ чисто денежному измѣренію. Они особенно видны въ договорныхъ формахъ найма домашней

---

[1]) См. особенно указанія у Виндшейда Pandekt. I, § 48 п. 3 и у Bekker'a System. I, 64 и слѣд. Bremer Pfandrecht стр. 39.

прислуги въ правѣ нѣмецкомъ (Gesinderecht). Но они вовсе не исключительно свойственны праву нѣмецкому. Нельзя сдѣлать предметомъ особой цивильной сдѣлки обязательство человѣка быть вѣжливымъ, не употреблять вина. Но вотъ образецъ старой сдѣлки найма церковнаго и земскаго дьяка въ XVII в. Выбраннымъ оказался на эту должность Автономовъ, и по договору, кромѣ должностныхъ дѣйствій, обязался „гордости и величанья не имѣть и не пьянствовать“ (А. Ю. 286). Понуждать къ выполненію или оцѣнить нарушеніе этихъ обязанностей трудно, но невыполненіе можетъ дать основаніе для прекращенія наемнаго обязательства.

ЧТЕНІЯ

ПО

ГРАЖДАНСКОМУ ПРАВУ

ЗАСЛУЖЕННАГО ПРОФЕССОРА С.-ПЕТЕРБУРГСКАГО УНИВЕРСИТЕТА

Н. Л. ДЮВЕРНУА.

ТОМЪ ПЕРВЫЙ.

ВВЕДЕНІЕ и ЧАСТЬ ОБЩАЯ.

(Выпускъ III. Измѣненіе юридическихъ отношеній.
Ученіе о юридической сдѣлкѣ).

IV-е изданіе.

С.-ПЕТЕРБУРГЪ.
Типографія М. М. Стасюлевича, Вас. Остр., 5 лин., 28.
1905.

3402

ОГЛАВЛЕНІЕ.

ОТДѢЛЕНІЕ ТРЕТІЕ.

Общія ученія объ измѣненіи гражданскихъ правоотношеній.

ОТР.

§ 44. Измѣняемость правоотношеній въ живыхъ явленіяхъ гражданскаго оборота.—Латинская формула для этихъ явленій.—Юридическая ихъ переработка.—События; ихъ юридическая извѣстность.—Измѣреніе времени.—Двойственность метода.—Правила счисленія времени по Проекту Гражд. Улож.—Дѣянія людей.—Категорія.—Юридическія сдѣлки.—Выдѣленіе въ составъ Общей части.—Мѣсто этихъ ученій въ системахъ кодифицированнаго права.—Планъ изложенія. 671

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Ученіе о юридической сдѣлкѣ.

§ 45. Понятіе юридической сдѣлки.—Главнѣйшія литературныя явленія.—Ученіе Шлосмана.—Схоластическія проблемы.—Законы физическіе и правила и исключенія въ сферѣ юридическихъ нормъ.—Параллель со способами счисленія времени.—Специфическая цѣль ученія о сдѣлкѣ.—Самоопредѣленіе воли въ составѣ института.—Виды сдѣлокъ, особенно волеизъявленія включающія воспріятіе и невключающія таковаго.—Планъ изложенія. 680

А. РАЗДѢЛЪ ПЕРВЫЙ.

Внутренняя сторона строенія юридической сдѣлки.

§ 46. I. Общая гражданская дѣеспособность лица.—II. Непринужденный произволъ и согласіе. 696

§ 47. Внутренній формализмъ воли въ составѣ юридической сдѣлки (продолженіе).—Понятіе.—Внутренній формализмъ какъ черта системы.—Поправки.—Дуализмъ.—Латинская система.—Средніе вѣка.—Искаженіе принципа въ нѣмецкой литературѣ.—Два противуположныхъ ученія.—Ихъ историческій смыслъ.—Наше законодательство 701

стр.

§ 48. Внутренній формализмъ воли (продолженіе).—Дѣйствіе принужденія на силу сдѣлки. — Понятіе принужденія въ системахъ западныхъ, въ русскомъ правѣ эпохи Уложенія и современномъ.—Условія осуществленія притязаній потерпѣвшаго 710

§ 49. Ошибка и ея функціи въ составѣ разныхъ институтовъ. — Общія положенія объ ошибкѣ въ кодифицированныхъ системахъ.—Литература. — Мѣсто ученія въ системѣ. — Подлинная и неподлинная ошибка.—Теорія воли и волеизъявленія.—Проблемы философскія и юридическія.—Обманъ.—Независимая отъ обмана ошибка.—Трудность изслѣдованія. — Жизненная основа (преемственная и одновременная) двойственности доктринъ.—Различіе стилей. — Общія положенія новыхъ кодексовъ и контрпроекта О. Бэра.—Возможно ли единство принципа? — Общія основы ученія. — Проектъ Гражд. Уложенія 718

§ 50. III. Содержаніе волеизъявленія.—Волеизъявленіе и составъ института.—Содержаніе юридической сдѣлки и юридическаго института въ ихъ историческомъ взаимодѣйствіи.—Встрѣчныя ученія по вопросу о причинѣ, вызывающей эфектъ сдѣлки. — Повѣрка ученія Виндшейда на примѣрѣ. — Ошибка въ правѣ. — Требованія Code civil и дѣйствующаго Свода для предотвращенія ошибокъ.—Общія требованія относительно содержанія сдѣлки. § 138 Нѣм. Гр. Ул. 96 г. 738

§ 51. III. Содержаніе юридической сдѣлки (продолженіе).—Группировка сдѣлокъ по различію содержанія.—Неюридическій критерій нѣкоторыхъ группировокъ. — Сдѣлки абстрактныя и матеріальныя. — Общія замѣчанія.—*Вовсе ничего незначущія рѣчи.—Естественныя* побужденія (мотивъ) волеизъявленія.—Каузальность юридическая— Разработка вопроса въ нѣмецкой литературѣ.—Условіе.—Абстрактныя (подвижныя) сдѣлки 746

§ 52. Содержаніе юридической сдѣлки (продолженіе). — Условіе въ составѣ сдѣлки. — Actus legitimi. — Признакъ событія *будущаго* въ понятіи условія.—Его оцѣнка въ современной литературѣ.—Проектъ Гражд. Уложенія.—Модалитеты волеизъявленій.—Сдѣлки со скрытымъ каузальнымъ моментомъ. 763

§ 53. III. Содержаніе юридической сдѣлки (продолженіе).—Сдѣлки абстрактныя или формальныя въ особенности.—Разнообразные виды и общія черты строенія.—Разныя степени отрѣшенности сдѣлки отъ каузальнаго момента.—Выгоды и опасности такихъ построеній.—Преднамѣренное разобщеніе нормальныхъ реквизитовъ волеизъявленія въ сдѣлкахъ *матеріальныхъ* (сдѣлки фидуціарныя, симулированныя и проч.). 778

§ 54. III. Содержаніе юридической сдѣлки (продолженіе). Сдѣлки абстрактныя во французскомъ правѣ. Art. 1132 C. c. Неблагопріятныя условія для развитія его смысла. „Исправленіе“ текста. Литературное общеніе съ Германіей. R. Saleilles и его попытка спасти престижъ C. c. Практика Остзейскаго свода. Сдѣлки фидуціарныя, симулированныя и проч. 794

В. РАЗДѢЛЪ ВТОРОЙ.

Обрядная сторона строенія юридической сдѣлки.

§ 54. Обрядности волеизъявленій. — Сдѣлки обрядныя или формальныя въ юридическомъ смыслѣ. — Юридическія обрядности съ исторической и практической, съ личной и общественной точки зрѣнія.—Декларативный и конститутивный характеръ обрядностей.—Болѣе или менѣе тѣсное сочетаніе сдѣлки съ реквизитомъ формы. — Разные способы формальнаго волеизъявленія. — Скудость обряда въ дѣйствующей системѣ.—Причина явленія.—Обрядность *рѣчей*.— Русская старина.—Памяти *устныхъ* сдѣлокъ. — Письмо какъ corpus negotii 821

стр.

§ 55. Обрядности волеизъявленія (продолженіе).—Соучастіе свидѣтелей.—Значеніе его въ старыхъ бытовыхъ условіяхъ.—Качества послуховъ.—Слѣды послушества въ современныхъ системахъ.—Code civil и наша дѣйствующая система — Послушество какъ вспомогательная обрядность при совершеніи сдѣлки.—Эпоха переворота.—Теперешніе реквизиты послушества.—Петровскія реформы.—Фискальный интересъ.—Сословный характеръ Екатерининскихъ установленій для укрѣпленія актовъ.—Очищеніе гражданскихъ институтовъ и развитіе общихъ способовъ корроборація.—Нотаріатъ на западѣ.—Нотаріальное положеніе 14 апрѣля 1866 г.—Черты устройства, различіе способовъ содѣйствія.—Волеизъявленія безобрядныя. 830

С. РАЗДѢЛЪ ТРЕТІЙ.

Основы ученія о представительствѣ въ гражданскомъ правѣ.

§ 56. Необходимость представительства въ извѣстныхъ условіяхъ развитаго цивильнаго обмѣна.—Разные виды юридическаго содѣйствія.—Содѣйствіе въ замѣнъ другого.—Содѣйствіе фактическое и юридическое.—Явленія сходныя съ представительствомъ по отдѣльнымъ признакамъ или по ихъ эфекту.—Существенные признаки представительства какъ особаго института въ гражданскомъ правѣ.—Принципы латинскаго права. — Отступленіе новыхъ системъ. — Замѣтки по исторіи русскаго права.—Суррогаты представительства.—Элементы института въ Псковской судной грамотѣ.—Медленность послѣдующаго развитія общихъ нормъ 856

§ 57. Представительство въ главнѣйшихъ западныхъ кодексахъ, въ дѣйствующей нашей системѣ и въ Проектѣ. — Попытки раскрыть общія юридическія основанія для института представительства въ современной нѣмецкой литературѣ 868

D. РАЗДѢЛЪ ЧЕТВЕРТЫЙ.

Недѣйствительность юридической сдѣлки.

§ 58. Недѣйствительность юридической сдѣлки.—Терминологія.—Сдѣлки несостоявшіяся и условныя. 881

§ 59. Виды недѣйствительности.—Латинская традиція и новыя системы.—Попытки свести все ученіе къ общимъ принципамъ.—I. Недѣйствительность абсолютная.—Ст. 88 Проекта.—Отношеніе стт. 88 и 64 Пр. къ 138 Нѣм. Гр. Улож.—Составъ преступнаго дѣянія въ ст. 64 Пр.—Поощрительная для ростовщичества формула.—Объективный критерій для опредѣленія признаковъ сдѣлки противной добрымъ нравамъ.—Общія характерныя юридическія черты ничтожества юридической сдѣлки абсолютнаго.—II. Недѣйствительность относительная.—Характерныя черты.—Методы инвалидаціи . . 889

§ 60. Толкованіе юридической сдѣлки.—Цѣль его.—Правила толкованія въ классической системѣ, по Code civil и по стт. 1538 и 1539 т. X ч. I.—Анализъ этихъ правилъ.—II. 4 правилъ толкованія.—Параллель въ правилахъ толкованія закона и сдѣлки.—Восполненіе пробѣловъ своеобразности.—Проектъ Гражд. Уложенія. — Превращеніе юридическихъ актовъ и измѣненіе назначенія имуществъ цѣлевыхъ 916

ОПЕЧАТКИ.

Ошибочная пагинація: послѣ 269 страницы обозначены 272, 271, 270 стрр., которыя слѣдуетъ перемѣстить въ обратномъ порядкѣ, причемъ текстъ остается безъ измѣненія.

На стр. 403, 8 строка въ текстѣ снизу читать вмѣсто: *omu* sine такъ: у нихъ nullum

ОТДѢЛЕНІЕ ТРЕТІЕ.

ОБЩІЯ УЧЕНІЯ ОБЪ ИЗМѢНЕНІИ ГРАЖДАНСКИХЪ ПРАВООТНОШЕНІЙ.

§ 44.

Измѣняемость правоотношеній въ живыхъ явленіяхъ гражданскаго оборота.—Латинская формула для этихъ явленій.—Юридическая ихъ переработка.—События; ихъ юридическая извѣстность.—Измѣреніе времени.—Двойственность метода.—Правила счисленія времени по Проекту Гражд. Улож.—Дѣянія людей.—Категоріи.—Юридическія сдѣлки.—Выдѣленіе въ составъ Общей части.—Мѣсто этихъ ученій въ системахъ кодифицированнаго права.—Планъ изложенія.

Мы видѣли въ двухъ предыдущихъ отдѣлахъ Общей части развитіе ученій о лицѣ, субъектѣ конкретныхъ гражданскихъ правоотношеній, и о вещахъ, объектахъ цивильнаго обмѣна. Въ цѣляхъ изученія мы брали оба момента гражданскаго правоотношенія врозь. Не въ этомъ анализѣ, конечно, а въ живомъ сочетаніи этихъ элементовъ гражданской конструкціи лежитъ приближеніе къ явленіямъ дѣйствительности.

Въ дальнѣйшемъ намъ надлежитъ разсмотрѣть, какимъ образомъ лица *становятся* въ конкретномъ случаѣ *субъектами* гражданскихъ правоотношеній, т.-е. какъ *пріобрѣтаютъ права* на вещи, на дѣйствія, на услуги другихъ лицъ, *какимъ* общимъ *измѣненіямъ подлежатъ эти правоотношенія* въ жизни, подъ вліяніемъ какихъ факторовъ происходятъ эти измѣненія, въ чемъ они состоятъ, въ чемъ находитъ себѣ выраженіе ихъ наличность, на чемъ держится ихъ извѣстность, какъ она утверждается, ослабляется, прекращается. Наконецъ, въ виду общей возможности нарушенія конкретныхъ правъ, намъ здѣсь же надлежитъ указать и *общіе способы ихъ огражденія*, ихъ возстановленія фактическими и юридическими средствами.

Вмѣстѣ взятыя эти общія ученія составляютъ то, что нѣмцы называютъ das Werden des subjektiven Rechts. Это собственно жизненные (общіе) процессы, которымъ подлежатъ конкретныя юридическія отношенія любого типа.

Латинская система не выдѣляла той совокупности общихъ ученій объ этихъ процессахъ, которая въ теперешней система-

тикѣ составляетъ содержаніе общихъ ученій объ измѣненіяхъ юридическихъ отношеній. Не менѣе того этотъ общій законъ жизненныхъ измѣненій правоотношеній любого типа не ушелъ отъ вниманія классиковъ, и Ульпіанъ даетъ намъ очень простое, но вполнѣ законченное обобщеніе этихъ явленій, говоря: totum autem jus consistit aut in acqvirendo, aut in conservando, aut in minuendo; aut enim hoc agitur, qvemadmodum qvid cujusqve fiat, aut qvemadmodum qvis rem vel jus suum conservet, aut qvomodo alienet aut amittat (l. 41 D. de leg. senat. cons. 1, 3),

Много въ этихъ общихъ ученіяхъ знакомо обыкновенно изъ общихъ пандектныхъ чтеній, и въ отношеніи общаго права русскаго не подлежитъ новой переработкѣ, составляя достояніе любой развитой системы гражданскаго права *). На нѣкоторыхъ, однако, матеріяхъ необходимо остановить особое вниманіе.

Въ обоихъ предшествующихъ ученіяхъ, исходя отъ простаго представленія отдѣльнаго правоспособнаго человѣка и круга вещей, образующихъ условіе примитивнаго существованія и обмѣна, мы затѣмъ представляли себѣ то и другое *въ условіяхъ дальнѣйшаго развитія* человѣческихъ обществъ, гдѣ гражданская правоспособность отрѣшается отъ отдѣльно взятаго волеспособнаго человѣка и становится достояніемъ не только людей недѣеспособныхъ, но и коллективныхъ правообладателей. Точно также и въ ученіи о вещахъ мы выходили далеко за предѣлы индивидуальныхъ потребностей людей въ примитивныхъ условіяхъ ихъ существованія. И въ этомъ моментѣ нашего анализа мы брали явленія *обмѣна развитаго*, идущаго не только дальше личныхъ нуждъ, но и за предѣлы потребностей локальнаго характера, въ необъятный кругъ интересовъ и задачъ универсальнаго обмѣна.

Вмѣстѣ съ этимъ въ замѣнъ простыхъ элементовъ конструкціи, непосредственныхъ факторовъ обмѣна, мы видѣли, начиная съ латинской юридической техники, такіе пріемы искусственной переработки простыхъ данныхъ первоначальнаго быта, которые необходимы, конечно, не для примитивныхъ нуждъ человѣка, а для извѣстности, непрерывности, постоянства правоотношеній въ самыхъ широкихъ условіяхъ ихъ развитія.

Та же самая *юридическая переработка* простыхъ элементовъ, которую мы наблюдали въ ученіи о лицахъ и вещахъ, будетъ составлять нашу задачу и въ послѣдующемъ ученіи, *въ ученіи объ измѣненіи правоотношеній*, къ коему мы теперь переходимъ.

---

*) Въ общихъ ученіяхъ системы права германскаго нерѣдко эти ученія опускаются почти совсѣмъ. Таковъ напр. Штоббе. Или же этимъ ученіямъ даютъ небольшое развитіе, какъ напр. у Гирке.

Въ этомъ непрестанномъ процессѣ возникновенія, пріобрѣтенія, прекращенія конкретныхъ правоотношеній насъ мало будетъ, въ условіяхъ развитаго обмѣна, удовлетворять извѣстность событій и характеристика дѣйствій, которую даетъ намъ *непосредственное ихъ воспріятіе*. Эти событія, дѣйствія, и этого мало, даже счетъ времени получатъ, въ указанныхъ выше цѣляхъ, такой опредѣленный чекань юридическаго формализма, который былъ бы излишнимъ въ примитивныхъ бытовыхъ условіяхъ, и безъ котораго нельзя обойтись въ послѣдующемъ ихъ развитіи.

Мы попытаемъ объясниться посредствомъ нѣкоторыхъ примѣровъ. Простое событіе рожденіе человѣка въ бытовыхъ примитивныхъ условіяхъ не даетъ обыкновенно никакого повода къ сомнѣніямъ о происхожденіи ребенка не только отъ матери, но и отъ извѣстнаго отца, хотя очевидность говоритъ только о происхожденіи отъ извѣстной матери. Въ позднѣйшихъ условіяхъ общежитія даже этотъ простой вопросъ, вопросъ о происхожденіи ребенка отъ извѣстнаго отца, всего чаще вопросъ *о законности* рожденія и связанныхъ съ этимъ очень важныхъ юридическихъ послѣдствіяхъ, далеко не всегда подлежитъ рѣшенію съ помощью *очевидныхъ* данныхъ. И въ этомъ повидимому простомъ, чисто внѣшнемъ событіи приходится прибѣгать къ формализму, *къ методу юридическихъ презумцій*, которыя, правда, должны всегда уступать мѣсто фактически достовѣрнымъ даннымъ, но уступаютъ имъ въ дѣйствительности крайне рѣдко. Точно также не безъ примѣси нѣкоторой доли юридическаго формализма разрѣшаются въ развитомъ быту и вопросы зрѣлости, здоровья, дѣеспособности человѣка.

Насколько этотъ же элементъ формализма становится преобладающимъ въ тѣхъ событіяхъ, коими опредѣляется возникновеніе и прекращеніе гражданской правоспособности *союзовъ*, мы показали въ подробности выше.

И не одни внѣшнія событія, образцы коихъ мы сейчасъ привели, но и *общія условія ихъ извѣстности*, способы опредѣлять ихъ продолжительность, ихъ начало, конецъ, также близко прикасаются задачъ юриспруденціи. Тоже слѣдуетъ сказать не только по отношенію въ задачѣ измѣренія времени, но и къ задачамъ опредѣленія цѣны вещей, ихъ вѣса, мѣры, пространства, особенно земельныхъ участковъ (межеваніе). Послѣднее мы увидимъ въ системѣ институтовъ права вещнаго по недвижимостямъ. Задача измѣренія времени тѣснѣйшимъ образомъ связана съ юридической извѣстностью *любыхъ событій*, опредѣляющихъ конкретныя правоотношенія.

Въ способахъ опредѣлять мѣру, вѣсъ и особенно время *юриспруденція преслѣдуетъ свои цѣли, отличныя отъ задачъ научныхъ и техническихъ*. На ряду съ астрономическимъ пріемомъ исчисленія времени (a momento ad momentum), который мы называемъ *естественнымъ*, въ юридической практикѣ, латинской и нашей, принята такъ называемая computatio civilis, представляющая собой методу измѣренія времени, приноровленную къ требованіямъ юридической техники. И такъ, далеко не всегда намъ нужно знать послѣдовательность двухъ событій въ естественномъ порядкѣ ихъ наступленія. Въ массѣ случаевъ достаточно для юридической извѣстности событія опредѣлить начальный моментъ его наступленія и его конечный моментъ.

И въ томъ и въ другомъ случаѣ мы вовсе *не принимаемъ въ счетъ мелкихъ единицъ* времени и опредѣляемъ наступленіе событія тѣмъ днемъ, когда оно совершилось.

Такимъ образомъ, для общей проблемы опредѣленія *терминовъ времени*, начальнаго, конечнаго, и *роковъ*, которые текутъ отъ одного термина до другого, единицей измѣренія служитъ *день*, точнѣе — сутки, состоящія изъ 24-хъ часовъ, отъ полуночи до слѣдующей полуночи. События, происшедшія въ теченіе сутокъ суть въ юридическомъ смыслѣ одновременныя, если нѣтъ особаго основанія точнѣе опредѣлять ихъ послѣдовательность одного за другимъ. Когда наступаетъ такое основаніе — это видно въ отдѣльныхъ институтахъ гражданскаго права и процесса.

Общей разработки вопроса старое наше право не давало въ составѣ дѣйствующаго т. X, ч. 1. Нѣкоторыя детали указывались въ уставахъ торговомъ и гражданскаго судопроизводства. Проектъ Гражданск. Уложенія ищетъ восполнить этотъ недостатокъ общихъ руководящихъ въ Гражданскомъ правѣ правилъ счисленія времени (ст. 78—85). Сроки, установляемые закономъ или сдѣлкой, исчисляются по даннымъ имъ правиламъ. Старый и новый стиль примѣняются согласно закону мѣста, гдѣ совершена сдѣлка, если стороны не выразили иного (79). День, при исчисленіи срока, течетъ отъ полуночи до полуночи, и тотъ день, коимъ опредѣленъ начальный терминъ, идетъ въ счетъ дней, составляющихъ срокъ. Если же начальный терминъ опредѣляется не днемъ, а событіемъ, то начальнымъ терминомъ для счета срока служитъ лишь слѣдующій по наступленіи событія день (80). Конечный терминъ для роковъ, опредѣляемыхъ не днемъ, а недѣлями, мѣсяцами, долями года ($^1/_4$, $^1/_2$) или цѣлыми годами, наступаетъ *наканунѣ дня*, коимъ опредѣленъ начальный терминъ (со вторника пошла недѣля,— срокъ истекаетъ въ понедѣльникъ; съ 30-го іюля пошель счетъ

мѣсяца, срокъ истечетъ 29-го августа). Если въ составѣ мѣсяца нѣтъ соотвѣтствующаго начальному термину числа, то срокъ истекаетъ въ послѣдній день мѣсяца (82). При опредѣленіи срока годами и мѣсяцами, притомъ текущими не сплошь, а съ перерывами, на годовой срокъ полагается 365 дней, на мѣсячный—30 дней; половину мѣсяца составляютъ 15 дней, а при разсчетѣ полутора-мѣсячномъ или нѣсколькихъ цѣлыхъ мѣсяцевъ съ половиной мѣсяца,—эта половина полагается на конецъ срока (83, 84). Срокъ, истекающій въ недопускающій совершенія даннаго дѣйствія день, наступаетъ на слѣдующій день, когда нѣтъ означеннаго препятствія (85). Всѣ эти положенія составляютъ близкую репродукцію артиклей Имперск. Герм. Уложенія отъ 186—193 (Fristen u. Termine), и если бы они представляли собою еще болѣе точный и толковый переводъ подлинника, то отъ этого ничего не проиграли бы въ своемъ достоинствѣ.

Стремленія юриспруденціи направляются къ тому, чтобъ сдѣлать счисленіе времени по возможности *однообразнымъ*. Это достигается установленіемъ общаго календарнаго счисленія времени. Стремленіе къ однообразію идетъ даже дальше этого. И для полнаго однообразія не только въ счетѣ дней, но и мелкихъ единицъ времени Германія ввела имперскимъ закономъ 12 марта 1893 г. вмѣсто счета времени по мѣстному положенію солнца (мѣстный полдень) одно *законное время*, которое опредѣляется по пятнадцатому градусу восточной долготы для всѣхъ случаевъ общаго опредѣленія юридическихъ отношеній, начиная съ 1 апрѣля 93 г.

Мы не войдемъ въ подробности правилъ календарнаго счета времени, полагая ихъ извѣстными изъ общихъ пандектныхъ ученій.

Наша цѣль въ томъ только, чтобъ показать присутствіе элементовъ *юридическаго формализма* не только въ способахъ опредѣлять извѣстность событій, важныхъ для права, но и въ общемъ методѣ измѣреній, тѣхъ или другихъ, особенно измѣреній времени, когда его теченіемъ опредѣляется начало, конецъ или продолжительность событій, опредѣляющихъ гражданскія правоотношенія.

Нигдѣ, однако, въ вопросахъ цивилистики начала юридическаго формализма не находятъ столь широкаго примѣненія какъ *въ тѣхъ событіяхъ, которыя люди производятъ сами актами своей воли*. Это событія, которыя не суть исключительно внѣшнія для человѣка; они всегда въ той или другой мѣрѣ связаны съ внутренними скрытыми въ психической природѣ человѣка процессами. Эти внутренніе процессы только тогда способны обнару-

живать свое вліяніе на правоотношенія, когда становятся волеизъявленіями, *дѣяніями людей*.

Изъ круга актовъ воли, подлежащихъ нашему наблюденію, легко выдѣлить такія дѣйствія, которыя составляютъ выполненіе обязательствъ, лежащихъ на лицѣ, тоже несомнѣнно вліяющія на измѣненіе правоотношеній. Это обыкновенно услуги, носящія характеръ экономическихъ, а не юридическихъ дѣйствій, хотя въ этомъ кругу услугъ возможны дѣянія и чисто юридическаго свойства. Такого рода дѣянія, составляющія выполненіе лежащихъ на насъ обязательствъ связаны съ специфическимъ свойствомъ самого обязательства, основаннаго на договорѣ, на должности и проч., и имѣютъ быть разсматриваемы въ этой связи. Если мы трактуемъ здѣсь, въ общей части, *дѣяніе человѣка какъ факторъ измѣненія правоотношеній*, то мы касаемся не этихъ обязательственныхъ дѣйствій; нашу задачу въ общихъ ученіяхъ гражданскаго права составляютъ въ особенности такія дѣянія, которыя свободно направляются именно къ цѣли измѣненія конкретныхъ правоотношеній.

Этотъ кругъ дѣяній, современные цивилисты, слѣдуя латинскому образцу, дѣлятъ на двѣ главныя категоріи: а) юридическихъ сдѣлокъ и б) деликтовъ. Ученія объ этихъ факторахъ измѣненія правоотношеній, особенно ученіе о юридической сдѣлкѣ (Rechtsgeschäft) стали вводить въ систему гражданскаго права, *именно въ общую часть*, лишь въ началѣ этого столѣтія, по примѣру именитаго нѣмецкаго профессора Hugo *). Примѣру Гуго слѣдовали до послѣдняго времени почти всѣ нѣмецкіе пандектисты, слегка видоизмѣняя, еще чаще осложняя составъ ученія о сдѣлкѣ, которое возростало такимъ образомъ въ размѣрахъ и включало массу вопросовъ, подлежавшихъ болѣе удобной обработкѣ въ связи съ отдѣльными институтами гражданскаго права.

На это обстоятельство очень стоитъ обратить вниманіе, ибо съ этимъ развитіемъ общихъ ученій, по нашему мнѣнію, тѣсно связано и *самое направленіе изслѣдованій* и масса совершенно теоретическихъ контроверзъ, наполняющихъ нынѣшнюю нѣмецкую цивилистическую литературу.

Въ нашей учебной литературѣ это направленіе въ разработкѣ цивилистическихъ проблемъ отразилось всего болѣе на курсѣ Мейера, который посвящаетъ ученію о сдѣлкѣ въ своемъ курсѣ русскаго гражданскаго права столь же широкое мѣсто, какое

*) На это указываютъ многіе, особенно Schlossmann der Vertrag, стр. 131, не утверждая за Hugo безусловно пріоритета въ этомъ пріемѣ; см. Lehrbuch. v. Vangerow, §§ 89, 103.

ему отводили нѣмцы въ своихъ пандектныхъ учебникахъ того времени.

Составленные по плану нѣмецкихъ учебниковъ новые кодексы, Саксонскій 63-го года (профессоромъ Зибенгааромъ) и 1-е чтеніе нѣмецкаго проекта (маленькій Виндшейдъ, см. выше), держатся этого же пріема систематизаціи. Иначе Bürgerliches Cestzb. 18 авг. 96 г., который вовсе выбросилъ ученіе о недозволенныхъ дѣяніяхъ изъ состава Общей части *). Code civ., слѣдуя Pothier, вводитъ рядъ общихъ положеній для договорныхъ сдѣлокъ въ tit. 3 (chap. I—VI, гдѣ рядъ общ. ученій обязательств. права) книги 3-ьей и вовсе не вырабатываетъ цѣлаго и *общаго ученія для любыхъ категорій сдѣлокъ* inter vivos и mortis causa, какъ мы это находимъ въ новыхъ нѣмецкихъ кодексахъ. Такимъ образомъ, чтобы найти у французовъ частью тѣ же нормы, какія находимъ у нѣмцевъ въ общей части, въ ученіи о сдѣлкахъ, надо имѣть дѣло съ отдѣльными актами, касающимися того или другого института гражданскаго права, брака, завѣщаній, дареній, гипотекъ и т. п. Внѣшняя, обрядовая сторона совершенія сдѣлокъ тоже не сведена къ общимъ для любыхъ сдѣлокъ нормамъ, а или сосредоточена въ общихъ положеніяхъ для обязательствъ (chap. VI титула 3 книги 3-ьей), или разбита на особыя положенія, связанныя съ отдѣльными институтами.

---

*) Bürgerl. Gesetzb. f. d. königr. Sachsen ст. 79—126, Имперск. нѣм. Улож., ст. 104—185. Нѣм. Улож. порвало съ *латинскимъ* дѣленіемъ дѣяній на контракты и деликты окончательно. Въ 1-омъ чтеніи еще видно въ составѣ Общ. части особый отдѣлъ для Rechtsgeschäfte (4-ый) и особый для небрежности и степеней вины въ гражд. смыслѣ (culpa, 5-ый). Это соотвѣтствовало дѣленію по двумъ факторамъ измѣненій юридическихъ отношеній у Виндшейда (Rechtsgeschäft §§ 69—100 и unerlaubtes Verhalten § 101). Теперь въ Общей части Уложенія 96 г. нѣтъ ученія о гражданской виновности. И въ ряду нов. учебниковъ часто выбрасываютъ или перемѣщаютъ отдѣлъ о гражданской виновности (см. Эндеманъ 8-ое изд., даже Дернбургъ только вскользь упоминаетъ объ этомъ, относя цѣлое ученіе въ систему обязательствъ. Das bürg. Recht. B. I § 102 пр. 7. Эндеманъ поставилъ это ученіе въ измѣненномъ видѣ въ отдѣлъ Общей части, Ausübung u Schutz der Rechte. Widerrechtlichkeit, Schadenersatz, Strafe § 84b). Другіе, какъ напр., Crome, Cosack, удержали оба ученія, о сдѣлкѣ и недозволенномъ дѣяніи, въ составѣ Общей части. Нашъ проектъ, кн. 1, въ этомъ, какъ и въ другихъ случаяхъ, слѣдуетъ нѣмецкому Имперск. Уложенію. Въ пользу удержанія ученія о небрежности въ составѣ Общей части можно указать то обстоятельство, что все это ученіе тѣсно связано съ вопросомъ о дѣеспособности лица и общихъ основаніяхъ вмѣненія недозволенныхъ дѣяній. Мы увидимъ дальше, что въ Общей части слѣдуетъ касаться именно только *основъ* ученія о недозволенныхъ дѣяніяхъ, оставляя детали для системы права обязательственнаго, гдѣ будетъ виденъ *результатъ* вмѣненія долознаго или культознаго дѣянія, составляющій обязательство вознаградить вредъ и убытки.—Обостренный характеръ принялъ споръ объ отношеніи обоихъ главныхъ основаній возникновенія обязательствъ (сдѣлки и delict'a, у Гая, Inst. III, § 89, контракта и деликта) съ появленіемъ трактата Шлосмана (Vertrag). Наряду съ цѣлью упразднить ученіе о юридич. сдѣлкѣ, о чемъ скажемъ ниже, Шлосманъ доказываетъ, что въ составѣ одного волеизъявленія легко сочета-

Т. X ч. I опять и въ этомъ много ближе къ французскому, чѣмъ къ нѣмецкому образцу. Если возможно найти обобщенныя положенія для цѣлой категоріи сдѣлокъ, то также лишь для области договорныхъ сдѣлокъ (ст. 568—574 и 1528—1553), гдѣ нѣкоторыя положенія, напр., о правилахъ толкованія, могутъ имѣть и болѣе широкое, чѣмъ для одного этого вида сдѣлокъ, примѣненіе (ст. 1538—1539). Затѣмъ, общія положенія для всѣхъ *способовъ пріобрѣтенія правъ на имущества со стороны внутренней* исчерпаны въ пяти, шести статьяхъ, очень краткихъ, главы 2-ой третьяго раздѣла 2-ой книги; а вопросъ о *порядкѣ укрѣпленія* правъ на имущества или объ актахъ и способахъ ихъ совершенія развитъ широко въ стат. 707—933 (гл. III до VIII того же третьяго раздѣла 2-ой кн.). Изъ послѣдняго ряда статей въ изд. 1887 и 1900 гг. цѣлая масса выдѣлена изъ состава десятаго тома въ особое приложеніе къ ст. 708—709 того же тома для мѣстностей, гдѣ не введено Положеніе о нотаріальной части, а для мѣстностей, гдѣ оно введено, руководствомъ въ вопросахъ о *порядкѣ укрѣпленія* правъ на имущества должно служить это Положеніе, а для ввода во владѣніе Уст. Гражд. Судопроиз. ст. 1424—1437.

Остзейскій кодексъ заключаетъ въ себѣ очень обширное изложеніе ученія о юридическихъ сдѣлкахъ, съ внутренней и внѣшней стороны (т.-е. со стороны способа совершенія), въ рядѣ статей отъ 2909—3104, совершенно въ духѣ нѣмецкаго общаго ученія о сдѣлкѣ, независимо отъ того или другого ея вида, но

ются признаки и сдѣлки и деликта. Возможности такого сочетанія никто не отвергалъ. Есть прямо такіе деликты, которые не совершаются иначе, какъ въ образѣ сдѣлки, напр., отчужденіе несостоятельнымъ должникомъ имущества во вредъ кредиторамъ. Авг. Тонъ старался ввести наблюденіе Шлосмана въ надлежащія границы, допуская, что чрезъ заключеніе сдѣлки можетъ быть совершенъ деликтъ, но отвергая безусловно, чтобы моментъ противуправный могъ представлять собою необходимый элементъ нормальнаго состава сдѣлки. Регельсбергеръ указалъ, что закладъ собственнику *его-же вещи* не дастъ въ результатѣ юридической сдѣлки, также какъ тайное присвоеніе *безхозяйной вещи* не образуетъ состава деликта. Такимъ образомъ одно и то же дѣяніе можетъ входить въ составъ и сдѣлки и деликта... Но вотъ чего нельзя допустить, чтобы *цѣлый* фактическій составъ сдѣлки покрывался *цѣлымъ* фактическимъ составомъ деликта (Pandekten, стр. 476, прим. 13 и 14).—Herm. Isay отмѣчаетъ какъ существенное въ этомъ анализѣ различеніе не дѣяній на двѣ категоріи, а ихъ фактическаго состава. Для освѣщенія вопроса объ юридическомъ эффектѣ сдѣлокъ съ этимъ деликтнымъ моментомъ онъ беретъ тотъ-же примѣръ отчужденія несостоятельнымъ вещей во вредъ кредиторамъ. Это собственно вопросъ о примѣненіи цивильной или уголовной нормы къ данному дѣянію, который повелъ нѣмецкую юриспруденцію, теоретическую и практическую, къ важнымъ принципіальнымъ контроверзамъ (Isay, Die Willenserklärung... 1899 г., стр. 94 и слѣд.). Эти контроверзы вовсе, однако, не мѣшаютъ противуполагать *общее ученіе* о сдѣлкѣ (контрактѣ, по Гаю), которой юридическій эффектъ нормально предусматривается сторонами, и о деликтѣ, гдѣ юридическій эффектъ дѣянія наступаетъ нормально вопреки видамъ делинквента.

все это изложено не въ общей части, какъ теперь у нѣмцевъ, которой собственно и нѣтъ въ составѣ остзейск. кодекса, а какъ у французовъ, впереди ученія о договорныхъ обязательствахъ.

Формальная сторона совершенія сдѣлокъ преобразована въ прибалтійскихъ губерніяхъ, гдѣ съ 89 года введено Положеніе о нотаріальной части съ видоизмѣненіями указанными въ изд. 92 г. ст. 271—377.

Еще ранѣе (1875 г.) тоже Положеніе введено въ Варшавскомъ судебн. округѣ съ видоизмѣненіями по ст. 218—270 того же изданія.

Вотъ вопросъ о систематическомъ положеніи всего ученія объ измѣненіи и укрѣпленіи конкретныхъ гражданскихъ правоотношеній и о главномъ факторѣ этихъ измѣненій,—*о давности*.

Въ дальнѣйшемъ мы будемъ излагать это ученіе въ порядкѣ принятомъ нѣмецкими пандектистами, избѣгая, однако, повторенія тѣхъ ученій, которыя исчерпываются въ пандектныхъ чтеніяхъ, и приближаясь къ положенію ихъ въ новыхъ кодексахъ, въ нашемъ дѣйствующемъ правѣ и въ проектѣ комиссіи по составл. Гражд. Уложенія. Этотъ порядокъ будетъ такой. Въ главѣ 1-ой этого отдѣленія мы изложимъ ученіе о сдѣлкахъ съ внутренней и внѣшней стороны; въ главѣ 2-ой разсмотримъ общія основы вмѣненія гражданскаго; въ главѣ 3-ьей охрану правъ и ученіе объ исковой давности; въ гл. 4-ой ученіе объ осуществленіи права путемъ фактическимъ; въ главѣ 5-ой о категоріяхъ гражданскихъ правоотношеній. Внутри этихъ расчлененій возможно, безъ опасенія нарушить цѣльность изложенія, производить нѣкоторое расширеніе содержанія соотвѣтственно существу главной матеріи.

Проектъ Гражданскаго Улож., кн. 1-ая, Положенія общія, распредѣляетъ эти ученія по двумъ раздѣламъ, III разд. — Пріобрѣтеніе о прекращеніе правъ (ст. 54—91), куда введена внутренняя и внѣшняя сторона строенія сдѣлки (принужденіе, ошибка, обманъ, порядокъ совершенія), а также представительство,—условіе, срокъ, законная сила сдѣлокъ, и разд. IV—охраненіе правъ (способы; исковая давность) *).

---

*) Раздѣлъ I, о лицахъ, и II, имущества, въ составѣ той же книги 1-ой не могли быть въ виду при IV изд. Чтеній (902 г.), ибо кн. 1-ая появилась въ печати въ 1903 г. Вся эта книга покоится тоже на плечахъ нѣмецкаго кодекса 96 г.; но къ удивленію необычайно скудна по своему содержанію и объему. На 240 статей Нѣм. Уложенія здѣсь всего 124 ст., около половины статей Общей части у нѣмцевъ, хотя остальныя 4 части, включающія нѣкоторые институты торговаго права, много объемистѣе и обильнѣе статьями, чѣмъ то же Германское Уложеніе.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

УЧЕНІЕ О ЮРИДИЧЕСКОЙ СДѢЛКѢ.

§ 45.

Понятіе юридической сдѣлки. — Главнѣйшія литературныя явленія. — Ученіе Шлосмана. — Схоластическія проблемы. — Законы физическіе и правила и исключенія въ сферѣ юридическихъ нормъ. — Параллель со способами счисленія времени. — Специфическая цѣль ученія о сдѣлкѣ. — Самоопредѣленіе воли въ составѣ института. — Виды сдѣлокъ, особенно волеизъявленія включающія воспріятіе и невключающія таковаго. — Планъ изложенія.

Мы различили въ кругу дѣйствій, такъ или иначе прикасающихся къ сферѣ гражданскихъ правоотношеній, такія, которыя свободно направляются къ измѣненію этихъ правоотношеній въ томъ или другомъ смыслѣ. Такихъ дѣйствій цѣлая масса. Если нашу задачу въ этомъ общемъ ученіи составляетъ изученіе *общей юридической природы* такихъ дѣйствій, то намъ надлежитъ прежде всего обозначить признаки, коими мы отличаемъ эти дѣйствія отъ другихъ и опредѣляемъ, такимъ образомъ, ихъ общія свойства.

Въ виду крайняго разнообразія такихъ дѣйствій задача изученія общихъ ихъ отличительныхъ признаковъ, характерныхъ для права, ихъ общихъ свойствъ, представляется одною изъ самыхъ трудныхъ и контроверзныхъ въ современной юриспруденціи. Въ этомъ *отвлеченномъ* видѣ такой задачи не ставила себѣ классическая юриспруденція. Въ классическомъ правѣ мы имѣемъ множество образцовъ совершенно законченной обработки *отдѣльныхъ конкретныхъ явленій изъ этой области дѣяній*, направленныхъ на измѣненія того или другого вида конкретныхъ правоотношеній. Классическая литература даетъ намъ большое обиліе отдѣльныхъ видовъ договорныхъ сдѣлокъ, дѣйствій, направленныхъ на пріобрѣтеніе, прекращеніе вещныхъ правъ, на установленіе, измѣненіе правоотношеній семейныхъ, актовъ послѣдней воли. По отношенію къ каждому изъ такихъ дѣйствій мы найдемъ въ классической юриспруденціи значительный запасъ юридическихъ нормъ, которыми регулируется внутренняя и внѣшняя сторона волеизъявленія или дѣянія, производящаго измѣненія въ данной сферѣ правоотношеній. Но въ классической литературѣ мы не найдемъ не только цѣльнаго и стройнаго ученія *обо всѣхъ этихъ*

разнообразныхъ проявленіяхъ воли вмѣстѣ взятыхъ, но ниже общаго техническаго термина для обозначенія всѣхъ этихъ явленій.

Изъ современныхъ литературъ такой общій терминъ для волеизъявленій или дѣяній, направленныхъ вообще на измѣненіе гражданскихъ правоотношеній, выработанъ литературой нѣмецкой. Этотъ общій техническій терминъ есть *юридическая сдѣлка*, das Rechtsgeschäft. Ему соотвѣтствуютъ лишь въ нѣкоторой степени, далеко не вполнѣ, латинскія наименованія, negotium, actus, но въ составѣ пандектовъ мы не найдемъ никакой готовой *общей теоріи* для negotia любого типа.

Литература этого вопроса, въ общемъ и въ частностяхъ, совершенно неисчерпаемая. Указанія на это богатство легко найти во всякомъ пандектномъ учебникѣ. Ennecceгus пытался дать контроверзамъ нѣкоторую группировку въ двухтомномъ соч. Rechtsgeschäft, Bedingung u. Endtermin. Написанное въ 1888 г. это сочиненіе уже далеко не исчерпываетъ обилія трудовъ самаго разнообразнаго содержанія и достоинства, направленныхъ на освѣщеніе ученія въ настоящее время. Написавшій въ 1901 г. цѣлый трактатъ на тему De la déclaration de volonté (къ ученію о юрид. сдѣлкѣ по нѣмецк. Гражд. Уложенію, ст. 116—144) французск. цивилистъ Raymond Saleilles даетъ указатель главныхъ работъ по вопросу, тоже неисчерпывающій, но настолько обильный, что вызываетъ удивленіе Dernburg'a этимъ своимъ усердіемъ проникнуть въ глубь этихъ чисто нѣмецкихъ ученій, пріѣвшихся въ этомъ обиліи очевидно и самимъ нѣмцамъ. Изъ новыхъ толкователей кодекса несомнѣнно въ данномъ вопросѣ впереди слѣдуетъ поставить Zitelmann'a, который еще смолоду углублялся особенно въ область психологіи, чтобъ найти постоянныя базы для юридическаго примѣненія понятій воли, волеизъявленія, дѣянія, движенія и проч., и Leonhard'a, тоже съ первыхъ своихъ литературныхъ опытовъ обнаруживавшаго больше склонности къ юридическому, чѣмъ къ философскому мышленію (о первыхъ трудахъ этихъ писателей см. въ Юридическ. библіографіи проф. Андреевскаго, 1884 г. № 1-ый, стр. 30 и. 24). Теперь оба писателя публиковали свои Общія ученія по новому Гражд. Уложенію (Zitelman d. Recht. d. bürg. ges. buch., allgem. Theil., 1900 г., Leonhard d. allgemeine Theil. d. BGB, 1900 г.), гдѣ читатель найдетъ болѣе тщательную, чѣмъ въ другихъ сочиненіяхъ общаго содержанія, разработку именно этихъ ученій, входящихъ въ общую часть. Вездѣ богатыя библіогр. указанія, которыя, однако, теперь приходится вновь дополнять текущей

литературой. Это литературное движеніе осталось не безъ результата и въ нашей научной цивилистической литературѣ. Въ 1900 г. появился на русск. языкѣ замѣчательный трактатъ проф. Д. Д. Гримма Основы ученія о юридической сдѣлкѣ въ современ. нѣмецкой доктринѣ пандектнаго пр. (пролегомены къ общей теоріи гражданскаго права) 1900 г. Достаточно просмотрѣть обширн. оглавленіе книги, чтобы убѣдиться, насколько задача изслѣдованія поставлена шире и глубже одного цивилистическаго ученія, взятаго хотя бы въ связи съ общей теоріей Гражд. пр., и какъ тѣсно она прикасается основныхъ вопросовъ не одной цивилистики, но права вообще, вмѣстѣ съ пересмотромъ задачъ психологіи и гносеологіи. При помощи книги Гримма русскій читатель легко освоится съ размѣромъ задачъ новой нѣмецкой науки права... Для цивилиста тутъ виденъ пока лишь размѣръ задачи и общее направленіе движенія, отнюдь не результаты, которые стояли бы въ какомъ бы то ни было отношеніи къ этимъ необъятнымъ планамъ. Намъ, въ дальнѣйшемъ, независимо отъ интереса этого общаго движенія, придется останавливать вниманіе главнымъ образомъ на тѣхъ его сторонахъ, которыя близко связаны съ отдѣльными ученіями дѣйствующихъ системъ Гражданскаго права. Этимъ путемъ идетъ Saleilles, излагая ученія о сдѣлкѣ въ послѣдовательномъ порядкѣ статей Имп. код. 96 г. За подробностями отсылаемъ къ его обширной монографіи, ибо для насъ здѣсь существенна *краткое изложеніе общихъ ученій о юридической сдѣлкѣ.*

Если этотъ терминъ сталъ очень ходячимъ въ нѣмецкой цивилистикѣ съ начала истекшаго столѣтія, то отсюда еще очень *далеко до безспорности самаго понятія юридической сдѣлки.* При зарожденіи этого понятія довольствовались такими общими признаками, которые отличали его отъ дѣйствій или безразличныхъ для права, или, хотя и производящихъ юридическія послѣдствія, но по существу неправомѣрныхъ, а наоборотъ, правонарушающихъ.

Въ дальнѣйшемъ развитіи ученія раскрывались все большія и большія трудности не только въ подробностяхъ изученія природы юридической сдѣлки вообще, но даже прямо въ установленіи самаго понятія *). Эти споры далеко не исчерпаны и те-

*) Чтобы убѣдиться, сколько труда и времени необходимо для одного очищенія понятія сдѣлки отъ соприкосновенія съ другими актами воли, достаточно просмотрѣть у Эндемана Lehrbuch изд. 8-ое § 61 п. 2 и примѣч. къ тексту, и всё же провести вполнѣ точную разграничительную линію между понятіемъ сдѣлки и процессуальнаго дѣянія, а затѣмъ между юридической сдѣлкой въ точномъ смыслѣ и правомѣрнымъ дѣяніемъ вообще не удается

перь. Въ текущей литературѣ не только развиваются все далѣе и далѣе контроверзы по основнымъ проблемамъ этого ученія, но выражаются прямо сомнѣнія въ практическомъ значеніи самой постановки *теоретическаго ученія о юридической сдѣлкѣ вообще* для цивилистики.

Мы попытаемъ установить такое общее понятіе юридической сдѣлки, въ коемъ будутъ заключаться лишь тѣ признаки, безъ коихъ дѣяніе или волеизъявленіе неспособно достигнуть желаемаго эффекта въ области гражданскихъ правоотношеній.

И такъ, въ самомъ общемъ смыслѣ подъ юридической сдѣлкой мы разумѣемъ *такое волеизъявленіе лица, или* такое его *дѣяніе, коимъ, въ предѣлахъ его гражданской дѣеспособности, достигаются измѣненія правоотношенія, на которое волеизъявленіе направлено* *).

Возможно очень много возразить и противъ этого и противъ любого другого опредѣленія понятія сдѣлки. Причина этой небезспорности любыхъ опредѣленій заключается въ томъ, что, установляя понятія въ данномъ случаѣ, мы вовсе не обнимаемъ вполнѣ предметъ, опредѣлившійся какъ живое явленіе въ какой либо конкретной системѣ, а лишь ставимъ себѣ задачу предварительнаго общаго изученія предмета въ предѣлахъ болѣе или менѣе широкихъ, чтобы затѣмъ перейти къ детальному изученію того же явленія на отдѣльныхъ институтахъ цивильной системы. Здѣсь, стало быть, допустимо нѣкоторое разнообразіе въ установкѣ предѣловъ понятія, смотря по цѣли изученія.

Если задача общаго ученія о юридической сдѣлкѣ будетъ поставлена широко, исчерпывающимъ образомъ, то въ этомъ общемъ ученіи намъ надо будетъ сосчитаться съ любыми явленіями измѣненія гражданскихъ правоотношеній посредствомъ актовъ воли людей. Есть писатели, которые именно такъ ставятъ себѣ задачу. Выполнить эту задачу такъ же трудно, какъ дать единую конструкцію для союзной правоспособности вообще. Это дѣлаютъ германисты, особенно этого старается достигнуть Гирке въ своей Genossenschaftstheorie. Получается крайне сложная фигура, въ которую введены самые различные типы, одни въ качествѣ опредѣляющихъ главнѣйшія черты ея строенія, другіе дающіе безчисленныя видоизмѣненія этихъ чертъ. Нельзя себѣ

пока и при самой детальной разработкѣ вопроса. Ср. тоже у Дернбурга: D. bürgerl. Recht B. I (902 г.) § 107, II (стр. 330 и слѣд.). Изъ многочисленныхъ учебниковъ по Нов. Гражд. Уложен. обстоятельнѣе другихъ все ученіе о сдѣлкѣ у Leonhard Der allgemeine Theil. 1900 г. Понятіе и разграниченія особ. § 68.

*) Crome System d. deutsch. bürgerl. R. т. I. 1900 г. § 79.

представить ничего болѣе безжизненнаго и спутаннаго. Чтобы добраться сквозь эту путаницу ученія до конкретныхъ явленій дѣйствительности, надо вновь расчленить и поставить отдѣльно все разнообразіе насильственно введенныхъ въ одну фигуру типовъ.

Другой пріемъ, и его мы будемъ держаться здѣсь, состоитъ въ томъ, чтобъ опредѣлить для понятія и строенія юридической сдѣлки только тѣ черты, коими это явленіе отличается отъ другихъ факторовъ измѣненія правоотношеній и освоиться здѣсь же *съ общими свойствами актовъ, составляющихъ проявленіе въ системѣ гражданскихъ институтовъ самоопредѣленія личности въ сферѣ гражданскихъ ея правоотношеній*. Здѣсь должны намъ раскрыться только общія внутреннія и внѣшнія свойства строенія юридическихъ сдѣлокъ.

Все, что внѣ этихъ общихъ свойствъ приближаетъ сдѣлку къ особымъ реквизитамъ и эффекту въ отдѣльныхъ группахъ правоотношеній и институтовъ, мы налагаемъ только въ ближайшей связи съ даннымъ институтомъ.

Мы идемъ, такимъ образомъ, путемъ среднимъ между излишнимъ развитіемъ общихъ *теоретическихъ* конструкцій въ ученіи о сдѣлкѣ, какое видно въ нѣмецкой цивилистикѣ, и почти исключительнымъ изученіемъ отдѣльныхъ формъ у французовъ.

Въ числѣ нѣмецкихъ теоретиковъ, очень развившихъ и искавшихъ *углубить теоретическое изученіе юридической сдѣлки*, слѣдуетъ назвать особенно Карлову (Гейдельбергъ), Леонгарда (Бреславль), Цительмана (Боннъ), которому принадлежитъ не одна работа по этому и соприкасающимся съ нимъ вопросамъ *).

Обозрѣніе вопроса о сдѣлкѣ, группировку направленій, оцѣнку ихъ даетъ проф. Enneccerus въ сочиненіи изъ 2-хъ отдѣловъ, озаглавленномъ Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin (1-ый отдѣлъ—Die Grundlagen, 2-ой die Wirkung bedingter und befristeter Rechtsgeschäfte) 1888—89 г.

Крайнее излишество теоретизированія въ области этого вопроса вызвало нѣкоторую реакцію въ нѣмецкой литературѣ, очень характерную для самого вопроса о сдѣлкѣ и для способовъ его

*) Не перечисляемъ этихъ работъ и ихъ заглавій, ибо указанія легко найти въ любомъ нѣмецкомъ учебникѣ пандектнаго права. Очень обширно эта матерія трактуется у Савиньи въ его Системѣ; въ послѣднее время особенно у Беккера (Гейдельбергъ), частью у Регельсбергера, также у Brinz'a въ т. IV его Пандектовъ, обработанномъ Лотмаромъ. По отдѣльнымъ ученіямъ, объ ошибкѣ, принужденіи, обманѣ, causa въ сдѣлкѣ, о сдѣлкахъ симулированныхъ, фиктивныхъ, о сдѣлкахъ абстрактныхъ, матеріально характеризованныхъ, о сторонѣ обрядной сдѣлокъ разнаго типа, въ нѣмецкой и французской литературѣ неисчислимая масса работъ.

обработки у нѣмцевъ. Въ виду этого мы въ двухъ словахъ ознакомимся съ идеями одного писателя, проф. Зигмунда Шлосмана, которому принадлежитъ любопытный трактатъ по этому предмету Der Vertrag, Leipzig 76 г. *).

Шлосманъ пишетъ собственно о договорѣ, но ставитъ свою задачу значительно шире, для всей области вопросовъ о юридической сдѣлкѣ. До появленія учебника Гуго (см. выше), какъ частью и теперь (у французовъ), вопросы, касающіеся сдѣлокъ вообще, разрабатывались въ виду договорной ихъ формы вособенности. Шлосманъ въ указанномъ трактатѣ находитъ, что все ученіе о договорѣ, resp. о юридической сдѣлкѣ, составляетъ *чисто схоластическую проблему*, вовсе не выдержанную послѣдовательно въ юриспруденціи.

Мы опредѣлили выше понятіе сдѣлки признакомъ *волеизъявленія* субъекта въ предѣлахъ его цивильной дѣеспособности.

Шлосманъ, прежде всего, въ предѣлахъ взятой имъ задачи (договоръ) ставитъ вопросъ такъ: возможно ли обосновать силу и дѣйствіе договора *на волѣ лица*?

Самая постановка вопроса крайне краснорѣчивая. Обличая нѣмецкую юриспруденцію въ схоластичности проблемъ, какія она себѣ ставитъ, Шлосманъ держится самъ на почвѣ совершенно чуждой исторической и практической сущности юридическихъ институтовъ, и давая понятію договора совершенно абстрактный смыслъ, не связанный вовсе ни съ какой живой исторической и практической формой договорнаго права, опредѣляетъ свою задачу сопоставленіемъ этой задачи съ проблемами геометрическими! Чтобы обосновать юридическую силу договора (очевидно въ гражданскомъ правѣ, хотя понятіе договора, нѣтъ сомнѣнія, можно расширить далеко за предѣлы институтовъ гражданскаго права), Шлосманъ ищетъ нѣкоторой аксіомы, какія знаетъ геометрія, чтобы изъ этой аксіомы вывести, какъ въ геометріи, всѣ фигуры, составляющія содержаніе договорнаго права.

Увлеченный общимъ теченіемъ нѣмецкой юриспруденціи, Шлосманъ становится самъ очевидно на чисто теоретическую почву,

---

*) Свои мысли, далеко не нашедшія признанія у нѣмцевъ (въ числѣ противниковъ виднѣйшіе—Цительманъ, Пернисъ), З. Шлосманъ вырабатывалъ не въ этомъ только трактатѣ, но еще и въ другомъ, особенно въ сочиненіи Der Zwang, и въ рядѣ журнальныхъ статей, нѣсколько смягчающихъ тонъ Vertrag'а; на все вмѣстѣ читатель найдетъ указанія у Эннекцеруса. Въ русской литературѣ есть цѣнная *историческая* работа по вопросу, занимавшему Шлосмана. Это сочиненіе А. Г. Гусакова Деликты и договоры. Свести вопросъ на историческую почву, какъ это дѣлаетъ проф. Гусаковъ, значитъ, по нашему мнѣнію, раскрыть совсѣмъ другую и болѣе важную область для изысканій, чѣмъ та, на которой держится Шлосманъ.

далеко непригодную для разрѣшенія практическихъ проблемъ юриспруденціи.

Шлосманъ идетъ далѣе этого. Онъ ставитъ въ упрекъ юриспруденціи то именно, что составляетъ ея сущность, т.-е. приближеніе нормъ права къ дѣйствительности, къ практическимъ проблемамъ, со всѣми безчисленными приноровленіями, которыя общая догма терпитъ въ примѣненіи къ отдѣльнымъ институтамъ гражданскаго права.

Онъ обличаетъ уже собственно не юриспруденцію, а самое право въ томъ, что оно допускаетъ на ряду съ правилами исключенія. Онъ хочетъ для права такихъ же законовъ, какіе мы знаемъ для явленій физическихъ. Если паденіе барометра происходитъ подъ дѣйствіемъ атмосфернаго давленія, то пусть разъ произошло бы *исключеніе* изъ этого закона, самый законъ пересталъ бы существовать.

Отсюда получается слѣдующее заключеніе для права. Если основу договора составляетъ воля человѣка, то разъ дѣйствіе договора (сдѣлки) поставлено внѣ зависимости отъ этой основы, какъ и самый принципъ воли ни на что не нуженъ и не способенъ служить основаніемъ для силы договора (сдѣлки). Его надо откинуть и искать другого принципа, который соотвѣтствовалъ бы геометрическимъ аксіомамъ или физическимъ законамъ.

Юриспруденція, однако, какъ мы показывали выше, не есть ни физика, ни астрономія, ни физіологія. Не отвергая ни одного изъ законовъ природы, она свойственнымъ ей методомъ перерабатываетъ событія и явленія для своихъ цѣлей, особенно для цѣлей извѣстности и постоянства правоотношеній.

Такой переработкѣ подвергаются не только внѣшнія явленія, но самый способъ ихъ опредѣленія, ближайшимъ образомъ, какъ было показано выше, способъ счисленія времени.

Казалось бы, не можетъ существовать болѣе незыблемой аксіомы какъ равенство двухъ единицъ времени, двухъ часовъ, двухъ дней. Между тѣмъ мы видѣли выше, что на ряду съ computatio naturalis мы имѣемъ computatio civilis, гдѣ счетъ времени совсѣмъ иной, чѣмъ въ астрономіи. Одно счисленіе времени, цивильное, принято у насъ какъ правило, а другое тоже принято, но только какъ исключеніе. Но мы знаемъ и еще различія въ опредѣленіи времени,—оно можетъ быть сплошное (tempus continuum), гдѣ всѣ единицы времени равны одна другой, но оно можетъ идти съ перерывами (tempus utile), гдѣ, въ юридическомъ только, конечно, примѣненіи, дни оказываются вовсе неравными одинъ другому. Въ послѣднемъ случаѣ будутъ *исклю-*

чены, совершенно вопреки идеямъ г. Шлосмана о тождествѣ законовъ физическихъ и юридическихъ, нѣкоторые дни и пойдутъ въ счетъ другіе (dies fasti, nefasti, comitiales u non comitiales, дни праздничные, неприсутственные и проч.).

Въ юридическомъ смыслѣ, такимъ образомъ, окажется невыдержаннымъ, допускающимъ исключеніе, не только равенство дней, но и равенство часовъ, ибо и часы будутъ удобны для дѣловыхъ операцій (не ночные, sol occasus suprema tempestas esto) и неудобные, когда прекращается не только судоговореніе, но и торгъ.

Не только время, но и *мѣсто*, пространство не будетъ сплошнымъ, какъ этого хотѣлъ бы Шлосманъ, по законамъ физики и геометріи. Не войдетъ въ modus agrorum, а будетъ составлять *исключеніе* изъ общаго правила, мѣсто изъятое изъ частнаго обладанія, по разсчетамъ неизвѣстнымъ ни физикѣ, ни геометріи, ни астрономіи, но имѣющимъ силу въ юриспруденціи.

Криминалисты, коимъ даетъ Шлосманъ предпочтеніе передъ цивилистами, несомнѣнно идутъ дальше въ изученіи *подлинныхъ* психическихъ процессовъ, чѣмъ мы; но и въ уголовномъ правѣ найдется не мало положеній, которыя по своему построенію далеко не будутъ соотвѣтствовать законамъ физики или физіологіи (злая и добрая воля, а не просто воля какъ нѣкоторый безразличный психическій процессъ) и еще менѣе геометрическимъ аксіомамъ.

Воля и волеизъявленія потому не признаются въ указанномъ ученіи за достаточное для утвержденія силы договора основаніе *), что возможны случаи, и мы не отвергаемъ этого, гдѣ

*) Мы ограничиваемся здѣсь указаніемъ отрицательныхъ результатовъ работы Шлосмана. Мы находимъ ихъ характерными для современной постановки ученія о сдѣлкѣ у нѣмцевъ. Шлосманъ на этомъ не останавливается и даетъ, взамѣнъ разрушеннаго имъ, какъ онъ полагаетъ, ученія объ основаніи силы договора, свою конструкцію, которую мы совершенно отвергаемъ и не почитаемъ даже любопытною. Это его ученіе формулировано въ разныхъ мѣстахъ Vertrag'a и въ журнальныхъ статьяхъ (подробн. указанія у Enneccerus'a стр. 73); результатъ ученія выраженъ въ двухъ тэзахъ (Vertrag, стр. 288 и 289). 1) Тотъ кому дано молчаливое или выраженное обѣщаніе, испытываетъ, при невыполненіи его, то же *чувство*, что и при нанесеніи имущественнаго вреда. 2) Основаніе, по коему давшій обѣщаніе обязанъ устранить испытываемую промиссаромъ боль (Leiden), лежитъ въ общемъ и непосредственномъ правосознаніи, которое можетъ быть выражено какъ нетребующая доказательства аксіома въ положеніи: кто *виновнымъ образомъ* наноситъ обиду другому, тотъ обязывается возмѣстить понесенный отъ этого ущербъ. Въ этой предположительной аксіомѣ совершенно непонятно слѣдующее. Какимъ образомъ я, промиссаръ, буду почитать себя *обиженнымъ*, какъ при отнятіи мнѣ принадлежащей вещи, простымъ невыполненіемъ обѣщанія, *если воля обѣщавшаго не связана этимъ актомъ*? Если же она связана обѣщаніемъ, тогда въ основѣ обязательства должна лежать воля, договоръ, который Шлосманъ считаетъ за juristisches Nichts. Выбросивъ *волю*, добрую, изъ состава сдѣлки,

воля въ смыслѣ психическаго процесса есть налицо, а договоръ или сдѣлка вовсе не имѣетъ силы, и точно также есть случаи, гдѣ воля въ ея нормальномъ процессѣ вовсе отсутствуетъ, или, съ другой стороны, процессъ ея возникновенія вовсе не изслѣдуется, и не менѣе того сила сдѣлки несомнѣнна.

Совершенно ясно, что здѣсь, въ ученіи о сдѣлкѣ, больше чѣмъ въ другой области права, наша задача не въ томъ только, чтобъ сосчитаться съ законами физическими или психическими, а чтобъ достигнуть *цѣлей специфическихъ*, важныхъ для юриспруденціи воособенности.

Немудрено, поэтому, что у насъ образуется въ вопросахъ воли такая же *двойственность*, какую мы сейчасъ указали для счета времени въ правѣ. У насъ будетъ не только правило и исключеніе, чего не можетъ быть въ законахъ физическихъ, но мы будемъ наблюдать два теченія. Воля, воля человѣка, продолжая составлять главнѣйшій агентъ историческихъ и практическихъ процессовъ осуществленія и выработки права, его нормъ и всѣхъ его институтовъ, будетъ, *въ составѣ сдѣлки*, въ составѣ извѣстной категоріи актовъ, направленныхъ на измѣненіе конкретныхъ гражданскихъ правоотношеній, являться намъ то какъ простой психическій процессъ, обнаруживаемый въ любыхъ признакахъ (молчаливое согласіе), то какъ совершенно своеобразное проявленіе юридическаго формализма, совсѣмъ непонятнаго съ психологической точки зрѣнія и объяснимаго только въ составѣ юридическаго акта по соображеніямъ чисто цивилистическимъ.

Шлосманъ ввелъ ее же въ свое построеніе вновь, но уже какъ злую, ибо проміттентъ *виновнымъ образомъ* (schuldhafter Weise) не выполняетъ своего обѣщанія. Развѣ вина можетъ заключаться въ томъ, что я не выполняю ein juristisches Nichts (стр. 165)?—Для силы сдѣлокъ юридическаго лица съ этимъ *чувствомъ* обиды въ конструкціи едва ли будетъ легче, чѣмъ съ *волей*. Воля много легче допускаетъ техническія конструктивныя операціи въ цивилистикѣ, чѣмъ чувство (см. выше мысли Савиньи объ обидахъ юридическому лицу). „Аксіома“ Шлосмана должна быть отнесена къ той же категоріи смѣлыхъ безсмыслицъ или парадоксовъ, какъ и показанная нами выше воля юридическаго лица, построенная (по Гирке) изъ *частей воли* входящихъ въ составъ союза людей. Это парадоксы, способные произвести неотразимое впечатлѣніе на безсильную мысль. Отвергая всякую цѣну такихъ „аксіомъ“ и догматическихъ построеній, мы вовсе, однако, не отрицаемъ научнаго значенія *историческихъ* изысканій, освѣщающихъ на почвѣ положительныхъ данныхъ вопросъ объ отношеніи чувства обиды и непосредственнаго правосознанія къ вопросу о силѣ договоровъ. Замѣтимъ только, что чувство обиды можетъ вовсе не совпадать съ составомъ понятія деликта или виновнаго дѣйствія. Наконецъ, и самое понятіе виновности есть также условное и измѣнчивое въ исторіи сознанія людей, какъ это было частью видно выше. Для исторіи развитія договорныхъ формъ надлежитъ, кажется, очень присматриваться къ тому что проф. Леонтовичъ называетъ *групповымъ* рядомъ въ отличіе отъ договорныхъ обязательствъ отдѣльныхъ людей.

Цѣлая масса недоразумѣній и контроверзъ, занимавшихъ нѣмецкую юридическую литературу по вопросу о юридической сдѣлкѣ, ея внутреннемъ и внѣшнемъ строеніи, связана именно, какъ мы думаемъ, съ совершенно отвлеченной отъ живыхъ явленій постановкой всего ученія. Когда стали изслѣдовать сдѣлку, то считали возможнымъ вопросъ о ея природѣ совершенно уединить, дать сдѣлкѣ, т.-е. отвлеченному представленію, такое положеніе, какое свойственно развѣ живому явленію, тому или другому институту юридическому, а не простой абстракціи отъ живыхъ явленій, составъ которой входитъ въ цѣлый рядъ институтовъ *). У Эннекцеруса въ первомъ отдѣлѣ его трактата видны эти безконечные споры о природѣ сдѣлки, отношеніи ея къ закону, отношеніи воли къ волеизъявленію, волеизъявленія къ его юридическому эффекту. Эннекцерусъ совершенно ошибается, утверждая, что Шлосманъ сражается съ врагомъ, котораго самъ себѣ создалъ. Этотъ врагъ, общій для Шлосмана и ряда другихъ изслѣдователей, есть, по справедливому замѣчанію Шлосмана, *схоластическая постановка вопроса* **), но самъ Шлосманъ все же не справился съ этимъ врагомъ, оставшись на точкѣ зрѣнія чисто теоретической и не коснувшись живыхъ источниковъ образованія понятія юридической сдѣлки, т.-е. юридическихъ институтовъ.

Вмѣстѣ съ Шлосманомъ цѣлый рядъ ученыхъ нѣмецкихъ юристовъ находитъ неодолимую трудность въ рѣшеніи вопроса, на чемъ держится эффектъ сдѣлки. Если это не есть воля лица, говорятъ они, тогда это будетъ законъ. Такимъ образомъ, сила сдѣлки условлена не актомъ воли ея субъекта, а заранѣе указаннымъ *въ законѣ* эффектомъ такого или иного волеизъявленія. Такія мысли поддерживаютъ совершенно серьезные люди, какъ Бехманъ, Лѣнель, Лотмаръ, Кроме ***). Въ результатѣ нѣко-

---

*) Здѣсь пріемъ такой же схоластическій, какой мы увидимъ позже въ ученіи о давности. Долгое время цивилисты считали существеннымъ трактовать давность совершенно отвлеченно отъ отдѣльныхъ институтовъ, владѣльческой давности, usucapio, и исковой давности, praescriptio longi temporis, съ такими же результатами, къ коимъ теперь приводятъ отвлеченныя ученія о сдѣлкѣ. Противъ этой схоластики въ ученіи о давности направлялъ свои усилія Савиньи.

**) У нѣкоторыхъ теперешнихъ ученыхъ (Regelsberger), а также въ новомъ кодексѣ 18 авг. 96 г. и его литературной обработкѣ задача изученія сдѣлки ставится, такъ сказать, на одинъ шагъ ближе къ дѣйствительности, какъ и у Шлосмана, т.-е. въ составъ общихъ ученій о сдѣлкѣ (въ общей части системы и кодекса) вводится и общее ученіе или общія положенія о договорѣ. Итакъ, прежде ученіе о договорѣ включало нерѣдко, по образцу Code civ., основы общаго ученія о юридической сдѣлкѣ; теперь, какъ разъ наоборотъ, общія основы ученія о договорѣ вводятъ въ составъ ученія о сдѣлкѣ. Мы сейчасъ будемъ имѣть случай высказаться по этому вопросу.

***) System т. I. 1900 г., § 79. Windscheid-Kipp §§ 63 и 69 прим. 1a.

торые приходятъ къ упраздненію различія такихъ очевидно различныхъ институтовъ какъ наслѣдованіе по завѣщанію и по закону, ибо не только въ послѣднемъ, но и въ первомъ случаѣ эффектъ сдѣлки достигается посредствомъ легальной нормы, а не чрезъ волеизъявленіе, не чрезъ тестаментъ.

Это очевидное смѣшеніе понятій, вызванное совершенно схоластической постановкой вопроса о юридической сдѣлкѣ. Акты воли людей, какъ мы видѣли, дѣйствуютъ и въ области образованія нормъ, особенно нормъ гражданскаго права, и въ области измѣненія правоотношеній. И тутъ и тамъ воля человѣка есть сила творческая въ правѣ. Но тамъ, гдѣ мы говоримъ о юридической сдѣлкѣ, тамъ натурально *дѣйствіе нашей воли ограничено предѣломъ института, и юридическая сдѣлка направляется не на измѣненіе института, а лишь на измѣненіе правоотношеній.* Въ указанномъ примѣрѣ завѣщательнаго акта, также какъ и въ любомъ другомъ, самоопредѣленіе лица ограничено предѣлами института, *но все же это есть самоопредѣленіе воли.* И этого мало, не только дѣйствіе, вліяніе волеизъявленія на правоотношенія обнаруживается въ составѣ института и никакъ не иначе, но и самое волеизъявленіе можетъ имѣть силу только въ предѣлахъ юридической дѣеспособности лица и въ условіяхъ извѣстной обрядности, которая даетъ волеизъявленію его опредѣленную природу.

Все это ясно какъ день для того, кто не оставляетъ почвы дѣйствительности при изслѣдованіи юридическихъ явленій, и все это способно дать поводъ къ недоразумѣніямъ и спорамъ, какъ только разсужденія о юридическихъ явленіяхъ теряютъ эту почву и уходятъ въ область схоластическихъ проблемъ или изысканій чисто теоретическаго свойства.

Намъ остается сказать *о различныхъ видахъ* юридическихъ *сдѣлокъ* и группировкѣ ихъ въ тѣ или другія категоріи по общимъ ихъ признакамъ.

Обычныя группировки сдѣлокъ на одностороннія и обоюдныя, возмездныя и безмездныя или дарственныя, inter vivos и mortis causa, насъ здѣсь не интересуютъ, ибо все это исчерпывается въ пандектныхъ чтеніяхъ. Съ вопросомъ о сдѣлкахъ, или по нашей легальной терминологіи, о *пріобрѣтеніи* правъ на имущества *дарственномъ* или безмездномъ (т. X ч. I рубрика разд. I) и *о порядкѣ обоюднаго пріобрѣтенія* (тамъ же рубр. разд. III) мы будемъ имѣть случай встрѣтиться позже.—На противоположеніи же сдѣлокъ односторонникъ и обоюдныхъ или двусторонникъ мы остановимся коротко здѣсь же въ виду нѣкотораго измѣненія въ

систематическомъ распредѣленіи ученій въ составѣ частей общей и особенной, которыя находимъ въ Имперскомъ Уложеніи 96 г. и у многихъ толкователей этого кодекса, которые обыкновенно держатся его легальной систематики. Проектъ нашъ, Полож. Общ., ст. 56, лишь мимоходомъ отмѣтилъ эту группировку.

Ученіе *о договорѣ*, тѣснѣйшимъ образомъ связанное съ системой обязательствъ, не вводилось обыкновенно въ пандектныхъ руководствахъ въ составъ общей части какъ отдѣльное ученіе о сдѣлкѣ двусторонней въ противоположность сдѣлкамъ одностороннимъ. Савиньи указалъ, однако, широкій смыслъ договора, въ который входитъ не только обязательственный договоръ, но и такъ называемый dinglicher Vertrag (договоръ съ вещнымъ дѣйствіемъ) и много другихъ явленій двухсторонняхъ сдѣлокъ, каковы бракъ, усыновленіе, эманципація. Германисты знаютъ еще примѣненіе понятія договора въ области распоряженій на случай смерти (Erbvertrag). Въ этомъ широкомъ примѣненіи понятія *) легко было указать основаніе для перенесенія общаго ученія о договорѣ въ новомъ кодексѣ изъ области обязательствъ въ часть общую, куда Vertrag и былъ внесенъ въ 1-мъ чтеніи проекта (IV Abschn. 3-ій Titel Vertragschliessung § 77—90). Вторая коммиссія нашла, что широкій смыслъ понятія Vertrag не соотвѣтствуетъ обиходной рѣчи (Sprachgebrauch des Volkes) и замѣнила во многихъ случаяхъ слово Vertrag словомъ Einigung (одиначество, см. указан. внизу ссылку на Виндшейдъ — Kipp, прим. къ § 69, стр. 271), что, однако, по существу ничего не мѣняетъ **). Толкователи теперь дѣйствующаго Имперскаго кодекса удерживаютъ, согласно легальной систематикѣ, ученіе о договорѣ, особенно заключеніе договора, *въ составѣ общей части*. — Мы не имѣемъ основанія слѣдовать этому образцу, ибо ни въ нашей, ни (частью) въ системѣ Code civil понятію договора нельзя давать такого широкаго примѣненія, какое ему присвоиваютъ нѣмецкіе систематики. Сверхъ того, нѣтъ сомнѣнія, что задача изложенія абстрактныхъ ученій въ составѣ общей части тѣмъ больше выигрываетъ, чѣмъ она менѣе осложнена. При этомъ само ученіе о договорѣ несравненно рельефнѣе выступаетъ при сопоставленіи его съ другими основаніями обязательствъ, особенно съ односторонними обѣщаніемъ, чѣмъ въ той одинокой, отвлеченной и отрѣшенной отъ всякаго

*) Savigny System III § 140 (Vertrag) § 141 (продолженіе). Ни у Вангерова, ни у Виндшейда этого нѣтъ, кромѣ послѣдняго изд. Kipp'a, гдѣ въ приложеніи издателя къ § 69 (стр. 271) читатель найдетъ любопытныя указанія къ вопросу.

**) Dernburg. D. bürg. R. I, B. (1902), стр. 334 конецъ и примѣч. 7.

опредѣленнаго юридическаго эфекта постановкѣ, какую нынѣ даютъ этому ученію, вѣрнѣе нѣкоторой части этого ученія, Имперскій кодексъ 96 г. и его толкователи *).

Мы не будемъ сейчасъ разсматривать и другихъ двухъ категорій сдѣлокъ, матеріальныхъ и формальныхъ (абстрактныхъ), хотя это ученіе должно быть отнесено *къ общей части*, по тому соображенію, что ему надо предпослать нѣкоторое разъясненіе каузальнаго момента въ составѣ сдѣлки, о чемъ мы будемъ имѣть случай сказать впослѣдствіи.

Наконецъ, новые систематики вводятъ еще группировку сдѣлокъ, по одному общему для многихъ изъ нихъ признаку, который прежніе цивилисты проходили безъ вниманія. Весьма пристальное изученіе разнообразнаго состава сдѣлокъ, которое было вызвано воособенности кодификаціонной работой молодой Имперіи, дало такой результатъ. Есть волеизъявленія и правомѣрныя дѣянія, особенно въ циклѣ односторонних актовъ воли, вліяющія на измѣненія правоотношеній, которыхъ юридическій эфектъ не зависитъ отъ того, *обращены они къ кому либо, или нѣтъ*. Юридическій эфектъ другихъ категорій сдѣлокъ, воособенности договорныхъ, болѣе или менѣе полно связанъ именно съ такимъ обращеніемъ волеизъявленія къ кому либо. Въ работахъ нѣмецкихъ кодификаціонныхъ коммиссій, участниками коихъ были цивилисты, практики и ученые, первѣйшаго разбора, есть много слѣдовъ тщательнѣйшаго изученія этого различія, которому они придавали большое значеніе. Artt. 130, 131, 132, воособенности въ составѣ общей части Bürg. Gesetzbuch, и рядъ статей части особой этого кодекса разработанъ въ виду этого наблюденія. Называли ту и другую категорію волеизъявленій adressierte und nichtadressierte Willenserklärungen. Цительманъ въ трактатѣ „Die Rechtsgeschäfte im Entwurfe“ (изд. Bekker u. Fischer) предложилъ новый въ цивилистикѣ *терминъ* для этого явленія **). Для обращенныхъ къ кому либо волеизъявленій empfangsbedürftigen, для противоположной категоріи nichtempfangsbedürftigen Willenserklärungen. Новый терминъ скоро сталъ общимъ достояніемъ литературы, даже учебниковъ; и читатель встрѣтитъ его у Дернбурга, Козака, Кроме и въ самомъ распространенномъ учебникѣ Эндемана (8-е изд.). Даже старый противникъ Цительмана, профессоръ Леонгардъ, нашелъ его совершенно подходящимъ. Мало того, его передалъ на французскій языкъ Saleilles такъ,

*) Мы уже держались этого порядка при разработкѣ Пособія, часть особен. вып. II.

**) Указ. сочин. т. I, стр. 22 и 23 (Terminologisches).

для 1-ыхъ impliquant réception, для 2-хъ non impliquant. По-русски, быть можетъ, было-бы удобно передать это словами: включающая воспріятіе сдѣлка или нѣтъ *), но терминологія дѣло трудное и мы охотно оставляемъ пока вопросъ открытымъ **).

Явленіе сдѣлокъ не включающихъ воспріятія очень частое въ цивилистикѣ. Ихъ множество. Таково прекращеніе владѣнія, обѣщаніе награды, креація предъявительной бумаги, признаніе происхожденія дѣтей отъ извѣстнаго родителя, волеизъявленія на случай смерти, принятіе или отреченіе отъ наслѣдства. Когда либо эти волеизъявленія или правомѣрныя дѣянія (прекращеніе владѣльческаго состоянія) будутъ восприняты заинтересованнымъ. Но для строенія сдѣлки характерно то, что юридическій эфектъ ихъ въ моментъ волеизъявленія вовсе не стоитъ въ зависимости отъ этого послѣдующаго воспріятія. Они сильны сами собой, какъ nichtempfangsbedürftige Willenserklärungen. Акты эти не суть

---

*) Цительманъ требуетъ для термина 2-хъ свойствъ, онъ долженъ быть kurz u. durch sich selbst klar. Эти качества есть налицо въ его терминѣ. Что означаетъ русскій терминъ (включающая воспріятіе сдѣлка или волеизъявленіе) это легко уяснить себѣ всякій юристъ: „включающая“, *въ своемъ составѣ*, конечно, „воспріятіе“ сдѣлка. *Составъ юридической сдѣлки*, фактическій *составъ волеизъявленія*, это—собственно corpus negotii, необходимые элементы, безъ наличности коихъ нѣтъ понятія сдѣлки такой-то, или волеизъявленій такой-то категоріи. Для краткости мы выпускаемъ изъ термина слово *составъ*. Терминъ corpus negotii (составъ сдѣлки) аналогиченъ съ терминомъ corpus delicti, составъ преступленія, употребляемымъ криминалистами, и нынѣ mutatis mutandis совершенно ходячій въ цивилистикѣ, особенно нѣмецкой.—Сочиненіе Леонгарда, указанное въ текстѣ, есть Der allgemeine Theil d. Bürgerl. Ges. Buch. 1900 г. стр. 268. Saleilles De la déclaration de volonté даетъ обширный экскурсъ къ art. 130, 131, 132 Bürg. Ges. Buch, см. особ. § 1 къ art. 130, 3 (стр. 120) и многія другія мѣста.

**) Насколько трудно ладить, особенно въ мало дисциплинированномъ кругу „спеціалистовъ“, въ этихъ вопросахъ, показываютъ не разъ поразительныя недоразумѣнія, которыя оказываются въ работахъ Редакціонной Коммисіи по Гражд. Уложенію. Мы скоро будемъ имѣть случай объясниться по вопросу о выброшенномъ и ничѣмъ незамѣненномъ терминѣ *дѣеспособность* (Handlungsfähigkeit), который и нѣмцы не находили точнымъ, но замѣнили его болѣе точнымъ Geschäftsfähigkeit, *способность совершенія сдѣлки*, а не менѣе точнымъ и совершенно непригоднымъ Rechtsfähigkeit, правоспособность, имѣющими совсѣмъ другой смыслъ, какъ это случилось у насъ. Тотъ же курьезъ въ примѣненіи понятія „права вотчиннаго“ къ разнымъ явленіямъ и между прочимъ къ „праву авторскому“, которое составляетъ въ системѣ книги третьей раздѣлъ VII (этому трудно повѣрить, и мы приглашаемъ читателя убѣдиться въ этомъ посредствомъ справки съ печатнымъ подлинникомъ проекта книги 3-й, 1902 г., гдѣ все это окажется какъ въ оглавленіи, такъ и въ текстѣ, стр. 90) именно „Вотчинное право“. Неожиданность побудила насъ пересмотрѣть терминологію книги второй проекта, „Семейственное право“, чтобъ видѣть, какъ тамъ обошлись съ *правами отца* по отношенію къ дѣтямъ, тоже *отчимы*, съ *отчествомъ* дѣтей, которыя только говоромъ, а не этимологически отличны отъ *отчины* или вотчины. Что же и здѣсь та же связь отчины съ правомъ авторскимъ, какъ въ книгѣ 3-й проекта? Къ радости оказалось, что редакторы не имѣли мужества послѣдовательности и удержали старый терминъ *родительской* власти. Такое же терминологическое недоразумѣніе произошло и съ терминомъ „условіе“, *условная сдѣлка*, которая, какъ мы сейчасъ покажемъ, по проекту будетъ налицо тамъ, гдѣ нѣтъ никакого „условія“.

ни выжидательные, ни условленные наступленіемъ послѣдующаго событія, какими обыкновенно бываютъ сдѣлки двустороннія (договоръ), когда до времени развернута лишь одна сторона цѣлаго состава сдѣлки. Эти акты суть сами по себѣ цѣльные, рѣшительные и безповоротные съ мѣста и тутъ же связанные со всѣмъ свойственнымъ данной сдѣлкѣ составомъ ея юридическихъ послѣдствій.

Невключающія воспріятія волеизъявленія могутъ, однако, для своего состава требовать обращенія ихъ къ должностному лицу или установленію. Итакъ, для отреченія отъ права собственности на недвижимость волеизъявленіе имѣетъ быть сдѣлано передъ гипотечнымъ установленіемъ. Это не значитъ, что сила его поставлена въ зависимость отъ воспріятія или принятія *) *стороной* По отношенію къ заинтересованному волеизъявленіе для своей силы вовсе не требуетъ его соучастія, воспріятія или принятія имъ этого изъявленія. Въ виду этого Цительманъ различаетъ двѣ категоріи воспріятія сдѣлокъ, которыя характеризуетъ ихъ юридическое построеніе, это—amtsempfangsbedürftige и parteiempfangsbedürftige Rechtsgeschäfte, т.-е. сдѣлки, для состава коихъ все же не нужно воспріятіе волеизъявленія *другой стороны*, которыя, стало быть, совершаются односторонне (не требуютъ воспріятія въ этомъ смыслѣ), но при томъ, однако, съ непремѣннымъ требованіемъ явки, увѣдомленія, оповѣщенія ихъ *по начальству*, безъ чего онѣ не имѣютъ юридическаго эфекта (amtsempfangsbedürftige). Нѣмецкіе систематики (Цительманъ) составляютъ цѣлые каталоги сдѣлокъ по новому кодексу, зачисляя ихъ въ ту или другую категорію. Это очень цѣнная для изученія юридической природы сдѣлокъ, при этомъ нерѣдко трудная и далеко не безспорная операція.

Мы ограничиваемся здѣсь признакомъ строенія сдѣлки той или другой категоріи, безъ приложенія къ дѣйствующему праву и къ проекту, хотя внѣ всякаго сомнѣнія этотъ анализъ одинако приложимъ къ юридическимъ сдѣлкамъ нѣмецкаго, французскаго (Saleilles), нашего и вообще любого права. Детали, какъ онѣ ни интересны, не могутъ войти въ границы общаго курса и общаго ученія объ юридической сдѣлкѣ.

Замѣтимъ здѣсь, что и односторонніе волеизъявленія, напр. предупрежденіе должника о наступленіи срока (interpellatio, Ma-

*) Мы употребляемъ терминъ *воспріятіе*. Это собственно Vernehmung. Цительманъ и многіе писатели говорятъ не о воспріятіи, а просто о *принятіи*, Empfang. Разница можетъ быть уяснена только въ связи съ ученіемъ о договорѣ. Здѣсь она несущественна.

hnung), или извѣщеніе кредиторомъ должника о послѣдовавшей уступкѣ (цессіи) требованія (denuntiatio) должны быть отнесены къ категоріи empfangsbedürftige Willenserklärungen.

Что касается сдѣлокъ двусторонних, договоровъ, то натуральный составъ ихъ необходимо предполагаетъ принятіе или воспріятіе однимъ контрагентомъ волеизъявленія, обращеннаго къ нему со стороны другого. Контрактъ есть по своему составу принятая оферта. Это, стало быть, необходимо parteiempfangsbedürftige Willenserklärung. Волеизъявленіе, которое ни къ кому не обращено, нельзя назвать предложеніемъ, офертой. Оферта представляетъ собою необходимо выжидательную позицію оферента, до извѣстной поры въ принципѣ допускающую отказъ, которымъ можетъ разрѣшиться эта начальная стадія образованія договора. Новый составъ сдѣлки, имѣющей въ своей основѣ договоръ, наступитъ съ момента встрѣчнаго волеизъявленія, съ наличностью акцепта. Очевидно, что для образованія этого состава сдѣлки необходима способность совершенія сдѣлки не только со стороны оферента, но также и со стороны акцептанта. Если бы ея не имѣлъ акцептантъ, то волеизъявленіе оферента должно быть обращено къ компетентному лицу или установленію, и это лицо принимаетъ его или отказываетъ не въ качествѣ только должностного (какъ было замѣчено выше для amtsempfangsbedürftige Willenserklärungen), а въ качествѣ замѣстителя сторонъ, стало быть, сдѣлка остается по своему строенію parteiempfangsbedürftig *).

Дальнѣйшее изложеніе ученія о юридическомъ сдѣлкѣ мы расчленимъ на слѣдующіе главные раздѣлы. *A. Ученіе о внутреннемъ строеніи сдѣлки*, или о внутреннемъ ея формализмѣ. *B. Ученіе о внѣшней сторонѣ сдѣлки*, о волеизъявленіи или обрядности въ совершеніи сдѣлокъ. Такъ какъ въ массѣ случаевъ акты волеизъявленія совершаются нынѣ не самимъ субъектомъ сдѣлки, а съ содѣйствіемъ другого лица, и этотъ вопросъ касается какъ внутренней, такъ и внѣшней стороны сдѣлки, то вслѣдъ за этими двумя отдѣлами мы укажемъ здѣсь же *C.* Основы ученія *о представительствѣ* въ гражданскомъ правѣ и *D.* Связанныя съ тѣми или другими пороками сдѣлки *явленія ея безсилія* и общія *правила толкованія* волеизъявленій въ гражданскомъ правѣ.

Наше законодательство заключаетъ въ себѣ, въ состояніи зародышномъ, несомнѣнно правильную систематику понятій, кото-

*) Положеніе art. 151 первая половина не составляетъ исключенія, какъ думаетъ Endeman (стр. 316), ибо предполагаетъ или заранѣе данное согласіе принять, или установившійся между сторонами порядокъ дѣловыхъ сношеній именно въ этомъ смыслѣ.

рыя насъ здѣсь занимаютъ. Раздѣлъ 3-тій книги второй носитъ титулъ: *О порядкѣ пріобрѣтенія и укрѣпленія правъ вообще.* Несмотря на это широкое заглавіе, въ этомъ раздѣлѣ отдѣльныя главы касаются *не правъ вообще*, а лишь правъ по имуществамъ. Мы будемъ въ ученіи о сдѣлкѣ ставить нашу задачу шире, ибо юридическая сдѣлка направляется не только на пріобрѣтеніе, но и вообще на измѣненіе, въ самомъ обширномъ смыслѣ, гражданскихъ правоотношеній, притомъ не однихъ имущественныхъ, а также семейныхъ (бракъ, узаконеніе, усыновленіе, назначеніе опекуна, завѣщаніе, отреченіе отъ наслѣдства и проч.). Книга третья трактуетъ уже не о пріобрѣтеніи и укрѣпленіи правъ на имущества вообще, а о пріобрѣтеніи и укрѣпленіи правъ на имущества *вообособенности*, т.-е. о юридическихъ сдѣлкахъ въ составѣ того или другого отдѣльнаго института.

Здѣсь насъ касается очевидно только 3-тій раздѣлъ второй книги.

Положенія этого раздѣла обнимаютъ обѣ стороны взятаго нами ученія о сдѣлкѣ, внутреннюю и внѣшнюю. Сторона внѣшняя или обрядная (раздѣлъ В) развита несравненно шире, чѣмъ внутренняя. Для послѣдней мы имѣемъ почти все содержаніе трехъ послѣднихъ главъ этого раздѣла (гл. III, IV и V) *объ укрѣпленіи* правъ на имущество и о совершеніи актовъ любого рода, о чемъ трактуетъ частью т. X ч. I (ст. 707—933, съ обширнымъ приложеніемъ къ ст. 708), частью Нотаріальное положеніе и Уставъ гражданскаго судопроизводства.

Для внутренней стороны все содержаніе гл. I и II этого раздѣла ограничивается пятью-шестью, частью карательными, статьями съ очень мало развитымъ содержаніемъ. Правда, что этими статьями не ограничивается ученіе, но все же для ученія о внутренней сторонѣ сдѣлки нашъ позитивный матеріалъ крайне скуденъ. Это не мѣшаетъ намъ остановиться на немъ съ необходимой полнотой, такъ какъ безъ этой стороны дѣла все ученіе о сдѣлкѣ теряетъ смыслъ.

А. РАЗДѢЛЪ ПЕРВЫЙ.

ВНУТРЕННЯЯ СТОРОНА СТРОЕНІЯ ЮРИДИЧЕСКОЙ СДѢЛКИ.

§ 46.

I. Общая гражданская дѣеспособность лица.—II. Непринужденный произволъ и согласіе.

Несмотря на краткость общихъ положеній о юридической сдѣлкѣ въ указанныхъ титулахъ, наше дѣйствующее законодатель-

ство хорошо знаетъ непремѣнное условіе силы сдѣлки, заключающееся прежде всего:

I. Въ *общей гражданской дѣеспособности* *) *лица* къ совершенію юридическихъ актовъ. Современное право, западное какъ и наше дѣйствующее, разрабатываетъ реквизитъ *воли лица* для цѣлей юридическихъ въ цѣломъ рядѣ особыхъ положеній, которыхъ мы касались выше, въ связи съ ученіемъ о лицѣ, правоспособномъ субъектѣ гражданскихъ юридическихъ отношеній. Въ этомъ ученіи было видно, что, съ одной стороны, законодательство ограничиваетъ и гражданскую дѣеспособность требованіями

---

*) Мы сейчасъ указали на произвольное устраненіе понятія дѣеспособности изъ нашего юридическаго обихода, безъ замѣны его другимъ терминомъ для этого специфическаго понятія. Это несомнѣнно переводное реченіе, передающее понятіе Handlungsfähigkeit. Французы обходились для выраженія того же понятія словомъ capacité въ разныхъ примѣненіяхъ, capacité d'exercice, de jouissance, degrès dans la capacité, incapacité. И вотъ одинъ изъ французскихъ юристовъ (Capitant, Introduction à l'étude du droit civil) находитъ очень мѣткимъ терминологическое различіе, которое выразилось въ нѣмецкой рѣчи для обозначенія, съ одной стороны, de l'aptitude à être titulaire de droits, имѣть Rechtsfähigkeit, быть правоспособнымъ, а съ другой de la capacité d'agir, de faire des actes juridiques qui produiront les conséquences légales qui y sont attachées, быть дѣеспособнымъ. Нѣмцы тѣмъ временемъ успѣли въ своемъ анализѣ явленій обмѣна сдѣлать еще шагъ впередъ. Терминъ Handlungsfähigkeit остался въ литературѣ. Но въ легальной рѣчи для выраженія capacité, faculté (capacitas, facultas agendi, для процесса—persona legitima in judicio standi) употребляются въ тѣснѣйшемъ примѣненіи къ юридической сдѣлкѣ особый терминъ—Geschäftsfähigkeit, котораго нельзя передать ни чрезъ faculté de négotier или de déclarer la volonté, ибо у французовъ самое понятіе сдѣлки не есть настолько выработанное, какъ у нѣмцевъ. Это, однако, еще не все что необходимо для замѣны старой Handlungsfähigkeit. И чуткій Эндеманъ думаетъ создать особое понятіе и терминъ—Verkehrsfähigkeit (см. Lehrbuch I, стр. 122 и 123 по 8 изд. и примѣч.). Все это еще въ процессѣ образованія, какъ и самое понятіе и терминъ *сдѣлка*. Намъ кажется, что невыработанному пока термину Verkehrsfähigkeit предстоитъ опредѣлиться и дать бо́льшую опредѣленность и выдержку всему ученію о юридической сдѣлкѣ. Но это нѣмецкая будущая терминологія. Что же дѣлаютъ отечественные редакторы? Различая тѣ же стороны и степени проявленія самостоятельности лица въ гражданской жизни, какъ всѣ принятыя ими въ руководство западныя системы, они не только не ищутъ приближенія къ нимъ въ терминологической точности, но дѣлаютъ въ этомъ смыслѣ шагъ назадъ даже по отношенію къ общепринятымъ въ нашей литературѣ гражданскаго и частнаго международнаго права терминамъ, подготовляя такимъ образомъ почву для недоразумѣній не только въ области внутренняго, но и точно также международнаго гражданскаго обмѣна. Ходячимъ терминомъ дѣеспособность (гражданская), въ отличіе отъ правоспособности, въ точномъ смыслѣ сейчасъ приведенныхъ толкованій французской и нѣмецкой технической рѣчи, пользуются и у насъ въ кассац. практикѣ (напр., Гаугеръ т. XXI см. предметный указатель), также, съ большимъ успѣхомъ, Алфав. указ. Св. гражд. узак. губерн. Прибалт. С.-Петербургъ, 1895 г., просвѣщенный переводчикъ Гражд. зак. дѣйствующ. въ Царст. Польскомъ, изд. присяжн. повѣреннаго Станислава Шиферъ. Варшава. 1899 г. (см. рубрику раздѣла XI кн. 1 о лицахъ), изъ системъ международн. права (см. напр. Ф. Мартенса Современное международн. право цивилизов. народовъ т. II, изд. 3-е, § 70, стр. 311 и слѣд. по эт. изд.), гдѣ указано, что въ примѣненіи къ личному состоянію иностранцевъ національныхъ законовъ слѣдуетъ различать правоспособность отъ дѣеспособности. Правоспособность не опредѣляется исключительно національнымъ закономъ (стр. 312). Что касается дѣеспособ-

возраста, неодинаковыми для различныхъ сдѣлокъ, требованіями здоровья физическаго и умственнаго, наконецъ, извѣстными реквизитами нравовъ и неумаленной, въ связи съ системой наказаній, гражданской правоспособностью лица. Съ другой стороны, мы указали въ томъ же составѣ ученій о лицѣ расширеніе гражданской дѣеспособности на кругъ субъектовъ гражданскаго права, для коихъ недостатокъ естественной волеспособности замѣняется юридически установленными органами ихъ гражданской дѣеспособности. Въ указанномъ раздѣлѣ это расширеніе выражено въ статьѣ 698, гдѣ перечисленъ весь кругъ лицъ, особенно юридическихъ, которыя могутъ *пріобрѣтать всѣ права на имущества* по различію самыхъ имуществъ и въ предѣлахъ закономъ опредѣленныхъ. Проектъ, Положенія общія, касается этихъ матерій въ ст. 6, 7 для лицъ физическихъ и 23 и 24 для лицъ юридическихъ.

Такимъ образомъ, уже въ этомъ моментѣ состава сдѣлки ясно, что мы, съ одной стороны, регулируемъ вліяніе воли человѣка, какъ простого психическаго процесса, формальными реквизитами зрѣлости, нормальнаго состоянія умственнаго и нравственнаго и полноты правоспособности человѣка, безъ чего воля, какъ бы она ни была ясна, не произведетъ юридическаго эфекта; съ другой, мы расширяемъ примѣненіе той же способности самоопредѣленія лица къ кругу его гражданскихъ правоотношеній на союзы и установленія, гдѣ акты союзной дѣеспособности выполняются помощью особой организаціи, направленной къ этой цѣли. — Работу измѣненія гражданскихъ правоотношеній выполняетъ то воля естественная отдѣльно взятыхъ дѣеспособныхъ людей, то искусственно организованная дѣеспособность союзовъ.

Тамъ, гдѣ нѣтъ дѣеспособности гражданской, какъ бы ни былъ ясенъ психическій процессъ, который мы называемъ волей, онъ останется безъ всякихъ юридическихъ послѣдствій для правоотношеній субъекта.

Такимъ образомъ, гражданская дѣеспособность составляетъ

ности, то она опредѣляется, по общему правилу, законами національными лица (стр. 313). Неужели рѣчь официальная (казенная) и литературная должны непремѣнно идти врозь, хотя бы эта розня не соотвѣтствовала ни внутреннему смыслу избираемыхъ терминовъ, ни интересамъ общенія разномѣстныхъ системъ одного государства, ни, наконецъ, удобству международныхъ сношеній?—Этой розни совсѣмъ не видно въ нѣмецкомъ Имперскомъ Уложеніи 1896 г. Тутъ есть какая-то внутренняя фальшь! То мы очень сильно заимствуемъ у нѣмцевъ не только систему, съ ея Общей частью, но цѣлые институты, совсѣмъ до сего незнакомые русской жизни, то насъ беретъ какая-то этимологическая оторопь передъ простымъ терминомъ, совершенно принятымъ въ обиходѣ нашей цивилистики, потому только, что его не найти въ т. X ч. I и еще менѣе въ Уложеніи царя Алексѣя Михайловича.

общій реквизитъ личности въ гражданскомъ правѣ, ибо безъ этого реквизита нѣтъ автономнаго характера гражданскихъ правоотношеній, нѣтъ самоопредѣленія ихъ субъекта.

Но и при наличности этого общаго реквизита любой юридической сдѣлки, *каждый отдѣльный актъ*, направленный на измѣненіе конкретнаго правоотношенія, долженъ носить извѣстные признаки, безъ наличности коихъ не будетъ *въ данномъ случаѣ состава юридической сдѣлки*. На этихъ реквизитахъ останавливается указанный нами 3-тій раздѣлъ книги 2-ой, вособенности. Мы возьмемъ впередъ реквизиты внутренніе.

II. За общимъ требованіемъ гражданской дѣеспособности нашему изученію подлежатъ дальнѣйшія положенія закона, касающіяся юридической сдѣлкой отдѣльно взятой.

Терминъ, коимъ нашъ законъ обозначаетъ наиболѣе общимъ образомъ понятіе, соотвѣтствующее нашему понятію юридической сдѣлки, есть *способъ пріобрѣтенія правъ на имущества* *). Мы указали что это, въ смыслѣ явленій, подлежащихъ въ составѣ нашего же закона дѣйствію общихъ правилъ для юридическихъ сдѣлокъ, терминъ слишкомъ узкій. Но онъ все же шире чѣмъ во французскомъ кодѣ, гдѣ правила общія для сдѣлокъ приноровлены особенно къ договорамъ. Нѣтъ сомнѣнія, что общія положенія нашего закона для способовъ пріобрѣтенія правъ по иму-

---

*) Слово сдѣлка, независимо отъ отдѣльныхъ случаевъ примѣненія (мировая сдѣлка, сдѣлка съ преміей 1401[1] т. X ч. 1), тоже встрѣчается въ легальной терминологіи X т. ч. I и въ общемъ смыслѣ. Такъ ст. 1540 говоритъ: всѣ счеты, условія и всякаго рода *сдѣлки* ... совершаются на серебряную монету. Также во всѣхъ *казенныхъ и частныхъ сдѣлкахъ* должны быть употребляемы одни Россійскіе мѣры и вѣсъ. Проектъ допускаетъ понятіе „сдѣлки“ въ общемъ смыслѣ, какъ и этотъ терминъ (Полож. Общ., стр. 56, 57). Такимъ образомъ въ новой терминологіи мы будемъ имѣть весь составъ понятія *дѣеспособности*. Каждое лицо способно пріобрѣтать гражданскія права (ст. 1), пользоваться ими (ст. 2), извѣстной квалификаціи лица (совершеннолѣтнія, умственноздравыя, располагающія органами рѣчи, слуха, люди нормальныхъ нравовъ и разсудительные, ст. 6 и 7) признаются способными *самостоятельно располагать* собою и своимъ имуществомъ (ст. 6), дѣйствовать, выражать свою волю, управлять имуществомъ (ст. 7). И вотъ эта сфера самостоятельнаго проявленія личности въ правомѣрныхъ гражданскихъ дѣяніяхъ, особенно въ сдѣлкахъ, и даетъ весь составъ понятія гражданской дѣеспособности. Весь этотъ составъ виденъ въ Общ. Положеніяхъ (см. приведенныя сейчасъ статьи), а терминъ взятъ не тотъ, который нуженъ для обозначенія *дѣятельнаго состоянія воли* субъекта правоотношенія, не дѣеспособность, а правоспособность, которая есть напцо и тамъ, гдѣ дѣеспособности нѣтъ, нѣтъ разума, нѣтъ воли, нѣтъ зрѣлости, нѣтъ признаковъ существенныхъ для *самостоятельности гражданскихъ волеизъявленій*. Этотъ плюсъ, эта прибавка къ правоспособности и есть то, что нѣмцы именуютъ Handlungs, или Geschäftsfähigkeit. Это вовсе не полный только объемъ правоспособности (ст. 6) и не degrés dans la capacité; это нѣчто специфическое, *гражданская самодѣятельность субъекта* или гражданская его дѣеспособность. Терминъ удобенъ, потому что ясенъ и кратокъ.

ществамъ могутъ и должны быть отнесены и къ способамъ ихъ прекращенія, а также и къ актамъ права семейнаго и по наслѣдованію. Это расширеніе понятія сдѣлки содержится въ ст. 56 Общ. Положен. Проекта.

Главнѣйшее изъ положеній общаго характера заключается въ статьѣ 700, которая говоритъ: всѣ способы пріобрѣтенія правъ (здѣсь не прибавлено *по имуществамъ*, но это ограниченіе видно изъ титула этой главы), закономъ опредѣленные, тогда только признаются дѣйствительными, когда они *утверждаются на непринужденномъ произволѣ и согласіи*. Этотъ же самый реквизитъ *непринужденнаго согласія* выраженъ именно и по отношенію къ браку въ ст. 12 т. X ч. I, и по отношенію къ договорамъ воообенности (ст. 1528), къ даренію (967), завѣщанію (1010). Независимо отъ этого, гарантію свободы совершенія сдѣлокъ представляютъ обрядности волеизъявленій, указанныя въ положеніи о нотаріальной части (ст. 89, 96, 107 и рядъ другихъ въ той же гл. 2-ой разр. II), а также многочисленныя нормы закона уголовнаго, угрожающія тяжкими наказаніями за покушенія на свободу волеизъявленія лицъ при совершеніи ими юридическихъ сдѣлокъ. Указывая, однако, *непринужденный произволъ* и *согласіе* какъ общую основу для всѣхъ способовъ пріобрѣтенія правъ по имуществамъ, нашъ законъ, очевидно, не думаетъ моментъ воли (въ сдѣлкѣ односторонней) и согласія (въ договорѣ) сторонъ сдѣлать исключительнымъ источникомъ юридической силы сдѣлокъ, ибо на ряду съ этимъ ставитъ общее положеніе, по силѣ коего *права на имущество пріобрѣтаются не иначе какъ способами, въ законахъ опредѣленными* (699).

Такимъ образомъ нашъ кодификаторъ съ достаточной ясностью обозначаетъ существенные элементы строенія сдѣлки какъ волеизъявленія субъекта въ предѣлахъ его дѣеспособности и въ составѣ опредѣленнаго юридическаго института.

Въ дальнѣйшемъ мы попытаемъ приблизить отвлеченно указанные реквизиты воли въ составѣ сдѣлки, выраженные въ словахъ 700 статьи, *непринужденный произволъ и согласіе*, къ конкретнымъ явленіямъ цивильныхъ волеизъявленій. На измѣненіяхъ, которыя вносятъ въ эти положенія статьи Проекта, мы остановимся въ детальномъ изложеніи.

§ 47.

Внутренній формализмъ воли въ составѣ юридической сдѣлки (продолженіе).— Понятіе. — Внутренній формализмъ какъ черта системы. — Поправки. — Дуализмъ.—Латинская система.—Средніе вѣка.—Исканіе принципа въ нѣмецкой литературѣ. — Два противуположныхъ ученія. — Ихъ историческій смыслъ. — Наше законодательство.

Выражая общимъ образомъ требованіе непринужденнаго произвола и согласія въ составѣ сдѣлки, нашъ законъ, однако, вовсе не требуетъ вмѣстѣ съ этимъ и не допускаетъ *положительнаго всякій разъ изслѣдованія или повѣрки* дѣйствительной наличности воли въ составѣ сдѣлки для юридическаго эффекта, на который сдѣлка направлена. Это было бы въ прямомъ противорѣчіи съ автономнымъ характеромъ цивильнаго обмѣна.

Для сферы гражданскихъ правоотношеній сдѣлка есть то же, что законъ для вопроса существованія нормы. Въ латинской терминологіи сюда прямо примѣняется квалификація закона, lex contractus *). Когда рѣчь идетъ о законѣ, то сила его условлена публикаціей. Воля законодателя существуетъ только тогда, когда есть публикація. Публикація закона не составляетъ *только средство доказать* наличность воли законодателя. Это нѣчто большее. Безъ нея не существуетъ закона. *Это конститутивный элементъ* легальной нормы.

Совершенно такое же отношеніе момента внѣшняго, волеизъявленія, къ внутреннему моменту сдѣлки, къ волѣ. Пока нѣтъ волеизъявленія, нѣтъ воли, нѣтъ сдѣлки. Съ того мгновенія, когда есть волеизъявленіе (для односторонней сдѣлки) или единеніе волеизъявленій (для договора), юридическая сдѣлка есть налицо. *Волеизъявленіе для сдѣлки то же, что публикація для закона.* Это конститутивный для состава сдѣлки моментъ **).

Такимъ образомъ, гдѣ есть публикація, respective волеизъявленіе, и текстъ закона или слова сдѣлки не возбуждаютъ никакихъ сомнѣній, тамъ именно *волеизъявленіе* рѣшаетъ вопросъ о наличности нормы или сдѣлки. Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti *voluntatis* quaestio. Наличность воли не

*) Contractus legem ex conventione accipiunt (l. 1 § 6 D. 16. 3), legem testamento dicere (l. 14 D. 28, 1).

**) По вопросу объ отношеніи воли къ волеизъявленію есть на нѣмецкомъ языкѣ замѣчательный трактатъ покойнаго лейпцигскаго профессора, бывшаго затѣмъ душою проекта Гражд. Улож. для Германіи, Бернгарда Виндшейда Willen u. Willenserklärung. Ср. и здѣсь особ. Эннекцеруса, стр. 58, гдѣ, и особ. въ примѣч. на стр. 59, читатель найдетъ рядъ полезныхъ литературныхъ указаній. Тоже § 306 и примѣч. Lehrbuch d. Pandecten Виндшейда, гдѣ разработанъ особенно моментъ заключенія (Abschluss) договора.

подлежитъ сомнѣнію и не допускаетъ никакихъ изысканій предшествующихъ волеизъявленію процессовъ, никакихъ изслѣдованій матеріальной стороны дѣла, никакихъ вопросовъ по существу *).

Волеизъявленіе констатируетъ формально *наличность не только сдѣлки, но и воли въ юридическомъ*, а не психическомъ смыслѣ. „Истинная воля“ для конкретной сдѣлки остается, какъ и „истинный полдень“ для счета времени по календарю, безразличной. Это и есть то, что мы называемъ *формализмомъ воли*, или, для отличія отъ формализма въ смыслѣ юридической обрядности, стало быть, внѣшняго, *внутреннимъ формализмомъ воли* **).

Внутренній формализмъ воли составляетъ такую же переработку простыхъ натуральныхъ процессовъ для цѣлей ихъ *юридической извѣстности и примѣненія*, какую въ этихъ же цѣляхъ даетъ намъ понятіе лица, гражданскн правоспособнаго субъекта, или вещи, обособленнаго объекта имущественнаго обладанія, для этихъ двухъ конструктивныхъ элементовъ правоотношенія. Это такая же искусственная, техническая операція, образецъ которой мы видѣли выше въ такъ называемой computatio civilis, отличаемой отъ computatio naturalis.

Эта формула воли или этотъ внутренній формализмъ воли виденъ въ цѣломъ ряду случаевъ примѣненія.

И такъ, мы принимаемъ наличность сдѣлки и ея эффектовъ для такой категоріи субъектовъ гражданскихъ правоотношеній, въ коей нѣтъ и быть не можетъ психическихъ процессовъ свойственныхъ именно этому субъекту, какъ онъ свойствененъ человѣку. Мы это видѣли выше и только что показали вновь для юридическихъ лицъ. Въ операціяхъ, которыя совершаются ихъ именемъ, посредствомъ органовъ ихъ дѣеспособности, мы принимаемъ наличность воли, гдѣ есть собственно только *формальные симптомы, конституирующіе наличность формальныхъ реквизитовъ волеизъявленія* ***). О волѣ юридическихъ лицъ

*) Приведенный на предыдущей стр. текстъ толкуютъ и такъ, что voluntas и здѣсь есть *только волеизъявленіе*, а не самая воля, см. Herm. Isay, Die Willenserklärung. 99 г., стр. 14.

**) Самый терминъ „внутренній формализмъ воли“, совершенно употребительный у нѣмцевъ, сталъ встрѣчаться въ послѣднее время и въ нашей литературѣ. См. напр. вступительную лекцію молодого профессора Вс. А. Удинцова (читан. въ Кіевѣ 8-го марта 94 г.). Дуализмъ частноправныхъ системъ, стр. 11-тая. Это талантливая характеристика нѣкоторыхъ особенностей торговаго права. Въ литературѣ уголовнаго права соотвѣтствующій терминъ употребителенъ давно уже и у насъ. Это такъ назыв. внѣшнее вмѣненіе, imputatio externa, въ противуположность вмѣненію внутреннему. Значеніе термина формализмъ воли или внутренній формализмъ воли у цивилистовъ есть иное, чѣмъ у криминалистовъ.

***) Матеріальное дѣйствіе, внутреннія событія правовыхъ отношеній оцѣниваются шаблонами, установленными закономъ. Удинцовъ, l. c.

въ матеріальномъ смыслѣ не можетъ быть и рѣчи, какъ не можетъ быть рѣчи о *чувствѣ обиды*, чувствѣ *удовольствія*, и иныхъ субстанціальныхъ, а не формальныхъ только моментахъ ихъ существованія.

Но совершенно такъ же, какъ для опредѣленнаго круга лицъ, такъ и независимо отъ лица, *для сдѣлокъ опредѣленнаго типа*, ипотечныхъ, торговаго права, формально-договорныхъ, внутренній формализмъ воли будетъ составлять характернѣйшую черту ихъ строенія, рѣзко отличающую эти типы или эти отдѣльные виды сдѣлокъ отъ другихъ.

Нѣтъ сомнѣнія, что здѣсь, въ области волеизъявленія, возможно провести такія же *двѣ разныя основы конструкціи*, какъ въ ученіи о лицѣ, о вещахъ, о счисленіи времени. Это тотъ же *дуализмъ* сдѣлокъ по ихъ составу, съ преобладаніемъ конструктивныхъ элементовъ или *формальнаго*, или же *матеріальнаго* характера, который виденъ и въ составѣ другихъ элементовъ юридическихъ отношеній, и не только юридическихъ отношеній, но и юридическихъ институтовъ.

Можно сказать, что преобладаніе институтовъ и сдѣлокъ того или другого типа *характеризуетъ эпохи* въ развитіи и въ смѣнѣ цѣлыхъ системъ права.

Такимъ образомъ сдѣлки типа чисто формальнаго, въ смыслѣ формализма внутренняго, составляли преобладающую черту квиритской системы. Это была именно *черта системы*, которой происхожденіе и свойство исторіи любятъ связывать съ особенностями національнаго характера квиритовъ, съ одной стороны, и *съ автономнымъ, абсолютнымъ характеромъ строенія* частно-правовыхъ *институтовъ* этой эпохи, съ другой.

Въ условіяхъ развитія дуализма системъ въ послѣдующую историческую эпоху мы видимъ постоянное смягчающее воздѣйствіе преторской юрисдикціи на непосильныя для новаго общества требованія зрѣлости и безповоротности волеизъявленій въ области гражданскихъ правоотношеній. Извѣстно, что сила сдѣлки продолжала и въ эту пору опредѣляться прежней мѣрой, и то, что разъ выражено какъ актъ воли лица въ сферѣ его правоотношеній, измѣняло ихъ въ формальномъ смыслѣ совершенно независимо отъ обстоятельствъ предшествующихъ волеизъявленію и быть можетъ вліявшихъ на самоопредѣленіе субъекта.

Противъ крайности этого внутренняго формализма воли въ сдѣлкѣ преторъ первоначально могъ дѣйствовать только *путемъ экстраординарнаго изслѣдованія каждаго случая* и устранять послѣдствія цивильнаго ригоризма, когда *въ данномъ случаѣ* ста-

новилось ясно, что примѣненіе его приводитъ къ опаснымъ послѣдствіямъ. Таковы были преторскія in integrum restitutiones propter minorem aetatem, а для лицъ зрѣлаго возраста—въ случаяхъ отсутствія ихъ (absentia), въ сферѣ сдѣлокъ воособенности для противодѣйствія принужденію (metus), обману (dolus), ошибкѣ (error) въ волеизъявленіяхъ.

Въ позднѣйшемъ правѣ этотъ случайный характеръ исправленія цивильнаго ригоризма героическими, экстраординарными средствами, уступилъ, какъ извѣстно, мѣсто общему порядку процессуальной охраны свободы волеизъявленія въ сдѣлкѣ. Но чтобъ не извратить совершенно *подлинную для гражданскаго права черту самоопредѣленія воли въ области сдѣлки*, классическая юриспруденція не лишала ее юридической силы *прямо въ виду признаковъ слабости воли, незнанія, неопытности, ошибокъ* въ волеизъявленіи, не объявляла такихъ сдѣлокъ изначала *ничтожными*, а лишь *допускала, по требованію самихъ потерпѣвшихъ, ослабленіе или уничтоженіе ихъ юридическихъ послѣдствій* въ болѣе или менѣе тѣсныхъ предѣлахъ. И въ этихъ условіяхъ все, что даетъ намъ послѣдующая латинская система, *въ смыслѣ поправки внутренняго формализма воли*, ограничивается устраненіемъ *послѣдствій* такой сдѣлки посредствомъ предъявленія возраженій, опроверженій или споровъ противъ силы опорочиваемой сдѣлки, въ особомъ процессѣ.

Задача различенія *прямого ничтожества сдѣлки* при наличности внутреннихъ пороковъ волеизъявленія отъ простой опровержимости или спорности ея связана, мы думаемъ, не съ тѣмъ или другимъ характеромъ развитія права *), какъ это принимаютъ многіе, *а съ самымъ понятіемъ юридической сдѣлки* въ гражданскомъ правѣ, изъ коего нельзя вычеркнуть признака самоопредѣленія, выраженнаго въ актѣ изъявленія воли.

Такая идея юридической сдѣлки не могла быть чуждой никакой эпохѣ въ исторіи развитія нашей системы. Выработана она была, однако, оконченно и отчетливо только въ системѣ римскаго права.

Если эту основную идею нетрудно установить въ составѣ латинскихъ классическихъ ученій, то по отношенію *къ средневѣковой юриспруденціи* мы видимъ, начиная съ глоссаторовъ, попытки поставить ученія на основы болѣе постоянныя (воля

*) При чемъ въ основу этого явленія ставятъ двойственность процессуальныхъ методовъ и противуположеніе права цивильнаго и преторскаго у Римлянъ, чего-де мы не знаемъ. Къ этому вопросу мы вернемся въ заключеніи ученія о юридической сдѣлкѣ, гдѣ будетъ рѣчь о недѣйствительности ея.

и изъявленіе одинаково необходимы для силы сдѣлки *какъ духъ и тѣло для жизни*), хотя далеко не столь практическія и соотвѣтствующія духу гражданскаго права, какъ это сочетаніе общей формальной силы волеизъявленія съ возможностью устранить юридическій эффектъ сдѣлки, *по иску заинтересованнаго*, въ виду такихъ *пороковъ* волеизъявленія, которые *въ данномъ случаѣ* исключаютъ признакъ самоопредѣленія, необходимый для состава сдѣлки.

Современная нѣмецкая литература исполнена разнообразнѣйшихъ попытокъ указать *руководящій принципъ* для выхода изъ коллизій волеизъявленія формально безспорнаго съ наличностью фактовъ, исключающихъ самымъ несомнѣннымъ образомъ *подлинность воли* изъ состава волеизъявленія *).

Случаевъ, гдѣ приходилось идти на помощь слабой волѣ въ позднѣйшей латинской практикѣ развилась цѣлая масса. Приходилось помогать не только несовершеннолѣтнимъ, отсутствующимъ, въ случаяхъ угрозъ, обмановъ, *ошибокъ*, симуляцій, но особенно въ извѣстныхъ кругахъ лицъ, далеко неготовыхъ для самоопредѣленій въ сферѣ цивильныхъ правоотношеній. Надо было или *низводить ихъ дѣеспособность*, что далеко не всегда соотвѣтствуетъ духу времени; или, допуская ея развитіе, въ отдѣльныхъ случаяхъ спѣшить на помощь женщинамъ, воинамъ, иноземцамъ, людямъ низшихъ профессій, коимъ часто былъ далеко не по плечу этотъ внутренній формализмъ цивильныхъ волеизъявленій, безповоротно рѣшающій судьбу ихъ имущественныхъ интересовъ по принципамъ не для этихъ людей писаннымъ.

Мы обращаемъ вниманіе здѣсь на эту черту позднѣйшей латинской и современной реципированной методы исправленія послѣдствій цивильнаго ригоризма, по силѣ коей волеизъявленіе, заключающее въ себѣ тотъ или другой порокъ воли, все же не дѣлаетъ цивильную сдѣлку ничтожной по существу. Она все-таки остается способной юридически дѣйствовать.

Въ виду возможности такихъ разнорѣчій подлинной воли и волеизъявленій и расширенія поправокъ формализма нѣмецкая цивилистика, очевидно, немного затерялась въ разумѣніи самаго существа цивильной сдѣлки, и въ своихъ поискахъ за принципомъ нѣмецкіе ученые юристы полагали необходимымъ, на ряду съ формальными реквизитами волеизъявленія въ сдѣлкѣ, разработать еще возможно шире матеріальную сторону волеизъявленія, его содержаніе, чтобъ досказать все, что въ ней заключается, чѣмъ услов-

*) Прекрасный короткій обзоръ этихъ попытокъ см. въ Lehrbuch Эндемана, изд. 8, т. I, стр. 334, прим. 4.

ленъ ея эффектъ, и оперировать отвлеченнымъ понятіемъ сдѣлки уже въ виду всего этого сложнаго состава данныхъ.

Такимъ образомъ, сила сдѣлки въ этихъ ученіяхъ условливалась не тѣмъ только, что воля изъявлена въ предѣлахъ дѣеспособности, но что эта воля имѣетъ опредѣленное содержаніе и направленіе произвести извѣстный эффектъ, и что сторона ясно себѣ представляетъ всю фактическую и юридическую сторону своего волеизъявленія. Въ силу этого юридическая сдѣлка изъ простого акта волеизъявленія обращается въ цѣлую эпопею *), тогда какъ волеизъявленіе должно быть только типическимъ, удобопріемлемымъ, конституирующимъ наличность воли для установленія или измѣненія правоотношеній въ составѣ извѣстнаго института актомъ, и только.

Эти попытки исчерпать не только формальную сторону волеизъявленія, но и ея содержаніе тѣмъ болѣе неудачны, что нѣмцы пытались дать ихъ основы въ общихъ ученіяхъ о юридической сдѣлкѣ, тогда какъ онѣ могутъ имѣть мѣсто развѣ въ отдѣльныхъ ученіяхъ.

Содержаніе волеизъявленія, условленное различіемъ институтовъ, не можетъ входить *въ составъ общихъ ученій* о юридической сдѣлкѣ, не производя путаницы понятій.

Но и оставивъ въ сторонѣ эту задачу, все же нѣмецкая юридическая литература въ современномъ состояніи даетъ *двѣ* одна другую исключающія *группы ученій*.

Въ одной группѣ основу силы сдѣлки хотятъ видѣть *въ волѣ лица*, и гдѣ нѣтъ воли лица, тамъ отрицаютъ силу сдѣлки. Въ другой группѣ думаютъ указать какъ рѣшающій для юридическаго эффекта сдѣлки моментъ не волю *въ ея подлинныхъ процессахъ*, а лишь *результатъ* этихъ процессовъ, получаемый *въ волеизъявленіи*, и этому волеизъявленію приписываютъ юридическій эффектъ въ составѣ опредѣленнаго института.

Первое ученіе именуютъ *теоріей воли*. Второе *теоріей воле-*

---

*) Что такой сложный составъ сдѣлки, исчерпывающій все содержаніе института возможенъ и на извѣстныхъ стадіяхъ развитія институтовъ необходимъ,—это не подлежитъ сомнѣнію. Въ старыхъ юрид. актахъ мы имѣемъ массу сдѣлокъ включающихъ въ себѣ почти все содержаніе института, коего касается волеизъявленіе. Для примѣра можно взять №№ 62, 86 А. Ю., хотя такихъ примѣровъ, гдѣ именно сдѣлка, по счастливому выраженію Ihering'a, составляетъ настоящій пріискъ (Fundgrube) диспозитивнаго права, вездѣ много. Когда институтъ достаточно объективировался, этого не нужно болѣе, ибо составъ воли легко опредѣляется простымъ наименованіемъ сдѣлки. Натурально, при этомъ легко можетъ имѣть мѣсто и ошибочное представленіе объ этомъ составѣ, противъ чего или допускается поправка, или же получается прямой ущербъ для несвѣдущаго.

изъявленія. Ни то, ни другое не обходится безъ ряда оговорокъ и исключеній въ примѣненіи основного принципа.

Между тѣмъ и другимъ посредствуетъ такъ называемая Vertrauenstheorie, теорія довѣрія, гдѣ задача въ томъ, чтобъ *примирить* крайности обоихъ ученій и дать выходъ изъ трудностей широкимъ примѣненіемъ мѣры добросовѣстности въ случаяхъ столкновенія волеизъявленія съ дѣйствительной волей лица (особенно Hartmann).

Насколько эти группировки писателей въ ту или другую категорію по направленію ихъ задачъ произвольны, легко заключить изъ того, что иногда одинъ и тотъ же писатель попадаетъ у одного рецензента въ одну, у другого въ другую группу *).

Всего менѣе удачной надо назвать *третью группу*, которая ставитъ себѣ задачу примиренія тамъ, гдѣ рознь происходитъ вовсе не по основаніямъ теоретическимъ, не по причинѣ разномыслія ученыхъ, а по причинѣ *двойственности явленій* въ самой жизни, въ самомъ оборотѣ гражданскомъ.

Не колеблясь можно сказать, что ни то, ни другое изъ двухъ указанныхъ противолежащихъ ученій не есть построеніе на воздухѣ и что каждое найдетъ себѣ въ жизни оправданіе, но каждое лишь *въ своей сферѣ* правоотношеній и институтовъ.

Въ общемъ, конечно, такъ называемая *Willenstheorie* обращена скорѣе къ прошлому, чѣмъ къ будущему, ибо возможность изслѣдованія явленія обмѣна *по существу*, со всѣми индивидуализирующими составъ каждой сдѣлки моментами, предполагаетъ больше простоты и естественности, *примитивности правоотношеній*. Наоборотъ, сдѣлки, сила коихъ основана вся на *внутреннемъ формализмѣ* воли, на томъ *результатѣ* предшествующихъ процессовъ, который оказался въ волеизъявленіи, Erklärungstheorie, и гдѣ нельзя допустить всякій разъ изысканій соотвѣтствія этого внѣшняго момента внутреннему и ихъ повѣрки, обращены къ будущему, *къ выработанному дѣловому обмѣну*, къ кругу лицъ и институтовъ, требующихъ полной дѣловой зрѣлости и способности безповѣрочно и безповоротно рѣшать сложныя проблемы направленія сдѣлокъ къ ясно сознанной и опредѣленно намѣченной цѣли.

Нельзя, однако, сказать, чтобъ въ какую-либо эпоху одинъ типъ строго-дѣловыхъ и формально-законченныхъ волеизъявленій составлялъ исключительное явленіе гражданскаго обмѣна, не до-

*) Ср. Обозрѣніе у Эннекцеруса, особенно стр. 75, у Регельсбергера Pandekten § 140 пр. 3 (стр. 512) и сейчасъ указанный обзоръ этихъ попытокъ у Эндемана, стр. 334 пр. 4.

пускающее отнюдь на ряду съ ними и такой сферы юридическихъ сношеній, гдѣ очень возможны приноровленія силы сдѣлки къ обстоятельствамъ, къ свойствамъ лицъ, отношеній, цѣлей.

Это будетъ въ любомъ жизненномъ процессѣ обмѣна *тотъ же самый дуализмъ типовъ правоотношеній, институтовъ, системъ*, котораго основныя черты до такой степени рельефно выразились въ исторіи развитія латинскаго права.

Соотвѣтственныя явленія есть повсюду, хотя бы не въ столь рельефномъ выраженіи, и исчерпать это противоположеніе въ общемъ очеркѣ сдѣлки, не касаясь болѣе или менѣе полно отдѣльныхъ институтовъ, нѣтъ возможности.

Мы перейдемъ за симъ къ положеніямъ нашего законодательства, въ коихъ выраженный статьей 700 реквизитъ *непринужденнаго произвола и согласія* подвергается, въ практическихъ цѣляхъ, въ той или другой степени, технической обработкѣ.

Мы видѣли выше, что въ случаяхъ, гдѣ волеизъявленіе не обнаруживаетъ никакой двойственности въ истолкованіи его смыслѣ, латинское ученіе вовсе не допускаетъ вопроса о волѣ, voluntatis qvaestio.

Очень близко къ этому нашъ законъ требуетъ, чтобы договоры были изъясняемы по *словесному* ихъ *смыслу* (1538) и только въ случаяхъ *важныхъ сомнѣній* допускаетъ изслѣдованіе *намѣреній и доброй совѣсти* въ ихъ составѣ (1539).

Однако, въ любыхъ ли сдѣлкахъ и всегда ли съ одинаковымъ эфектомъ, даже при этихъ ограниченіяхъ, можетъ быть допущено такое изслѣдованіе ввутренней стороны волеизъявленій?

Возьмемъ простой случай, который указываетъ намъ ст. 72 Векс. Уст. (нынѣ замѣнен.; см. ст. 116). Акцептантъ векселя *забылъ*, что онъ принялъ вексель въ одномъ образцѣ, когда этотъ образецъ былъ ему представленъ для акцепта (prima). По прошествіи нѣкотораго времени послѣ принятія ему предъявляютъ другой образецъ (secunda; ст. 14 стар., 115 нов.). Онъ принимаетъ ошибкою и этотъ послѣдній образецъ. Затѣмъ оба образца предъявляются ему одинъ за другимъ отъ разныхъ векселедержателей, къ коимъ они дошли по правильнымъ надписямъ, *къ платежу*. Тогда акцептантъ со всею ясностью представляетъ себѣ свою ошибку и забывчивость, вслѣдствіе которой онъ вынужденъ теперь платить два раза всю вексельную сумму сполна.

Даетъ ли такая *ошибка*, такое *забвеніе*, правильное, въ смыслѣ вексельнаго права, основаніе для отказа въ платежѣ, или акцеп-

тантъ обязанъ произвести платежъ и по первому и по второму образцу полностью?

Законъ нашъ отвѣчаетъ безъ всякаго колебанія, что акцептантъ обязанъ платить по обоимъ образцамъ.

Вотъ простѣйшій примѣръ внутренняго формализма воли, который даетъ наше законодательство. Есть волеизъявленіе, никакихъ пороковъ воли не видно ни въ томъ, ни въ другомъ векселѣ, волеизъявленіе *конституируетъ наличность воли, какъ публикація наличность закона*, и никакія дальнѣйшія изысканія не могутъ ни на минуту задерживать осуществленіе нормы или выполненіе обязательства.

Нельзя идти дальше въ измѣреніи силы сдѣлки однимъ критеріемъ внутренняго формализма воли. Такова техника этихъ сдѣлокъ, которая, внѣ всякаго сомнѣнія, входитъ здѣсь въ практическихъ цѣляхъ обмѣна въ самое живое противорѣчіе съ подлинной, матеріальной стороной воли лица.

Нигдѣ не будетъ больше у мѣста вспомнить латинское изреченіе—jus civile vigilantibus scriptum est. Требованіе бдительности кажется суровымъ. Институтъ не допускаетъ ни на минуту забывчивости, никакой ошибки. Здѣсь все вмѣняется.

Какой же результатъ?

Очевидно, есть эпохи, есть системы, есть институты, гдѣ человѣкъ актомъ своей воли, своего самоопредѣленія, создаетъ безповоротно правоотношенія такого чекана, съ которыми въ практикѣ цивильнаго обмѣна не въ силахъ выдержать соперничества никакія въ мірѣ матеріальныя цѣнности.

Составляетъ ли такой формализмъ волеизъявленія для нашего права особое свойство только одной категоріи сдѣлокъ, именно сдѣлокъ торговаго права, или мы видимъ то же и въ общихъ институтахъ гражданскаго права?

Въ институтахъ общаго права это не есть общая черта, но присутствіе ея видно и здѣсь. И такъ, ст. 2015 говоритъ: не пріемлются никакія показанія ни должника, ни наслѣдниковъ его о безденежности *крѣпостныхъ заемныхъ писемъ*. Множество сдѣлокъ гипотечной системы, какъ увидимъ впослѣдствіи, носитъ такой же формальный и безповоротный характеръ въ смыслѣ ихъ силы и дѣйствія на правоотношенія, связанныя съ порядкомъ веденія этихъ записей.

Это отдѣльные случаи, освѣщающіе намъ явленіе *внутренняго формализма воли въ сдѣлкахъ*, направленныхъ на измѣненіе правоотношенія въ составѣ того или другого института.

Но нѣтъ ли общихъ руководящихъ положеній въ составѣ

нашего гражданскаго кодекса, коими это свойство юридической сдѣлки опредѣлялось бы *въ составѣ любого института?*

Вслѣдъ за указанной статьей 700 мы читаемъ въ статьѣ 701 *произволъ и согласіе* (на коемъ утверждается сила сдѣлки) *должны быть свободны.* Свобода произвола и согласія нарушается: 1) принужденіемъ и 2) подлогомъ.

Это два главныя явленія, въ коихъ законъ допускаетъ изслѣдованіе внутренней стороны волеизъявленія, въ цѣляхъ огражденія гражданскаго обмѣна отъ излишествъ юридическаго формализма, способныхъ войти въ прямое противорѣчіе съ чувствомъ справедливости.

Мы увидимъ, что стремленіе изслѣдовать внутреннюю сторону волеизъявленія въ развитыхъ системахъ не ограничивается этими двумя случаями. Вопросъ о силѣ волеизъявленія подвергается сомнѣнію еще въ рядѣ другихъ случаевъ. И мы найдемъ въ составѣ нашего права отвѣты на эти проблемы, хотя и не въ составѣ общихъ положеній о способахъ пріобрѣтать права на имущества, а или въ общемъ ученіи о договорѣ, или въ примѣненіи къ отдѣльнымъ сдѣлкамъ.

И такъ, въ связи съ вопросомъ о силѣ сдѣлки мы изслѣдуемъ вопросъ *о принужденіи, объ ошибкѣ, о симуляціи, волеизъявленіи шутливомъ, скрытомъ* намѣренія при совершеніи сдѣлки и *о сдѣлкѣ фидуціарной.* Наконецъ, здѣсь же, въ связи съ общимъ вопросомъ объ отношеніи волеизъявленія къ подлиннымъ процессамъ воли мы разсмотримъ *строеніе абстрактной сдѣлки.*

§ 48.

Внутренній формализмъ воли (Продолженіе).—Дѣйствіе принужденія на силу сдѣлки.—Понятіе принужденія въ системахъ западныхъ, въ русскомъ правѣ эпохи Уложенія и современномъ.—Условія осуществленія притязаній потерпѣвшаго.

Современные кодексы находятся въ этомъ ученіи подъ общимъ и очень выраженнымъ вліяніемъ латинскаго права *). Въ составѣ Общей части (въ Остз. Код. кн. 4-ая, разд. 1. О юридическихъ сдѣлкахъ вообще, ст. 2981 — 2989 о принужденіи) теперешнихъ кодексовъ приводятся положенія, знакомыя изъ

*) См. Пандектные учебники. Изъ спеціальныхъ трактатовъ особ. Schlieman. Die Lehre v. Zwang (1861 г.), ст. Jos. Kohler въ Jahrb. Jhering'a B. 25. Есть и русскія работы, указанныя Анненковымъ; см. также Поворинскій, систем. указ., 2-ое изд. (1904 г.).

пандектныхъ системъ и въ общемъ мы на нихъ здѣсь останавливаться не станемъ. Характернѣйшую для *внутренняго формализма воли* тезу даетъ намъ знаменитый текстъ Юлія Павла, возбуждавшій во всѣ времена массу истолковательныхъ попытокъ между юристами. Si *metu coactus* adii hereditatem, puto me heredem effici, qvia qvamvis si liberum esset noluissem, tamen *coactus volui*; sed per praetorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuatur (l. 21 § 5 D. 4. 2).

И такъ, нѣтъ сомнѣній, что *сдѣлка, вынужденная силой, не теряетъ формальной дѣйствительности по одному этому обстоятельству,* и все, что допущено со стороны претора противъ юридическихъ послѣдствій такого акта, ограничивается предъявленіемъ спора въ теченіе короткаго, обыкновенно годового срока (ср. Нов. Герм. улож., ст. 123 и 124).

Наше законодательство въ составѣ гражданскаго *) кодекса, въ положеніяхъ его общихъ **), постановляетъ: Произволъ и согласіе (какъ условіе дѣйствительности сдѣлокъ, см. выше) должны быть свободны. Свобода произвола нарушается 1) *принужденіемъ*, и 2) подлогомъ.

Мы будемъ говорить здѣсь только *о принужденіи.*

Естественно, что какъ только въ системѣ преторской римской и въ нашей дѣйствующей дозволено было оспаривать силу сдѣлки (или способа пріобрѣтенія правъ) доказываньемъ принужденія или насилія, подъ вліяніемъ коего послѣдовало волеизъявленіе, какъ и тамъ и тутъ, у насъ, явилась настоятельная необходимость установить съ юридической точностью *понятіе и квалификацію того насилія или принужденія*, которое способно дать основаніе для признанія судомъ недѣйствительности юридической сдѣлки.

Законъ нашъ говоритъ въ разсматриваемыхъ статьяхъ не о vis absoluta, а о такъ назыв. vis compulsiva. Таковъ смыслъ статьи 702-ой. „Принужденіе бываетъ, когда кто-либо бывъ захваченъ во власть другого, принуждается къ отчужденію имущества или ко вступленію въ обязательство насильственно, страхомъ настоящаго или будущаго зла, могущаго постигнуть его лицо или имущество. Проектъ формулируетъ понятіе принужденія, въ ст. 61,

*) Наряду съ этимъ идутъ положенія уголовнаго кодекса, ст. 1545—1548 (угрозы), 1601 и слѣд. (завладѣніе), 1686 и слѣд. (принужденіе къ дачѣ обязательствъ) и проч., причемъ наше законодательство далеко не такъ окончательно обособляетъ vis ac metus въ гражданскомъ смыслѣ отъ дѣйствій преступныхъ, какъ это видимъ въ западныхъ системахъ.

**) Есть и особыя, напр., для брака, т. X, ч. I, и ст. 37, п. 1, и ст. 133, о чемъ позже.

крайне сжато, съ нѣкоторыми поправками ст. 702, о коихъ будетъ сейчасъ сказано.

Нѣтъ сомнѣнія, что весь составъ статьи 702 можетъ имѣть мѣсто и не дать никакого повода къ оспариванію сдѣлки, если metus не есть *injustus ex parte inferentis*, т.-е. если и захватъ и угрозы произведены призванной къ этимъ актамъ властью въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ подобный образъ дѣйствія имѣетъ свое легальное основаніе.

Французскій кодексъ предусматриваетъ возможность *ссылки на принужденіе* для инвалидаціи сдѣлки въ такихъ случаяхъ, гдѣ весь metus составляетъ простая crainte révérentielle envers le père, la mère ou autres ascendants (почтительный страхъ передъ старшими), sans qu'il y ait eu de violence (безъ наличности какихъ бы то ни было насильственныхъ дѣйствій, Code civ. art. 1114). Въ этихъ случаяхъ страхъ не инвалидируетъ силы сдѣлки.

Нѣмецкая практика предусматриваетъ вопросъ, будетъ ли ничтожной уплата *долга*, когда я вынудилъ ее угрозой? И отвѣчаетъ, конечно, отрицательно, хотя бы самый актъ угрозы и представлялъ собою противузаконное дѣйствіе (ты будешь избитъ, если не уплатишь въ срокъ). Если, однако, вынужденное дѣйствіе составляетъ *дареніе*, тогда сдѣлка можетъ быть инвалидирована (Konrad Cosack.—Lehrb. des deutsch. Bürg. R. § 65 *).

Будетъ ли *угроза жалобой* духовной власти **) со стороны дѣвицы, которой выдано денежное обязательство для устраненія ея притязаній къ обманувшему ея надежды сожителю, достаточнымъ основаніемъ для признанія недѣйствительности обязательства? Мы этого не думаемъ, хотя въ нашей практикѣ есть по этому поводу колебанія.

Указаніе въ ст. 702-ой особаго признака насилія въ словахъ *бывъ захваченъ во власть другого* не существенно для понятія принужденія, устраняющаго *свободу* произвола. Этотъ признакъ взятъ кодификаторами въ составъ статьи 702-ой изъ гл. X, ст. 251, Улож. Царя А. М., гдѣ читаемъ: „а будетъ кто на-

*) Вопросъ о *противуправности* угрозы очень споренъ. Литература у нѣмцевъ обильна. См. Эндемана учебн., т. I, § 72, примѣч. 17, 22, 23 и полемику съ v. Blume по вопросу о примѣненіи ст. 123, гдѣ показанъ признакъ *противуправности* (widerrechtlich), и ст. 138, гдѣ рѣчь идетъ *о добрыхъ нравахъ* (gegen die guten Sitten), къ разнымъ случаямъ и особенно къ вымогательству гонорара со стороны хирурга отъ близкихъ оперируемаго (ст. Блуме въ Jahrbüch. Ihering. т. 38, стр. 226 и особ. 259.

**) Опасеніе, которое вызываетъ жалоба обиженной дѣвушки заключается въ томъ, что духовная власть можетъ де не допустить вѣнчанія обидчика съ другой дѣвицей.

пишетъ на кого въ *большомъ долгу* заемную кабалу, или иную какую крѣпость въ *большомъ дѣлѣ* за очи и написавъ ему крѣпость *зазоветъ* его къ себѣ или къ иному кому-либо на *дворъ* и велитъ ему къ той крѣпости руку приложить" *). Конецъ мы сейчасъ укажемъ. Но въ виду несомнѣнно *казуистическаго характера* этого положенія слѣдуетъ видѣть въ немъ лишь тотъ путь, который ищетъ себѣ пробить нормальный процессъ, направленный, въ случаяхъ принужденія, на обнаруженіе подлинной воли потерпѣвшаго. На каждомъ отдѣльномъ признакѣ понятія нѣтъ, въ этихъ случаяхъ, основанія останавливаться какъ на существенномъ для самого понятія.

За этой несущественной чертой принужденія указанная статья, не ограничивая, подобно Уложенію, споровъ по поводу принужденія одними *большими дѣлами*, опредѣляетъ, какого рода угроза должна быть разсматриваема какъ достаточная для того, чтобъ подавить *свободный произволъ* и вынудить къ совершенію требуемаго акта. Это долженъ быть *страхъ настоящаго или будущаго зла, могущаго постигнуть лицо угрожаемаго или его имущество* (702).

Опредѣленіе свойства страха для этихъ случаевъ составляетъ заботу всякаго развитого законодательства и юриспруденціи. Старое право шло къ устраненію навѣтовъ въ принужденіи и угрозахъ путемъ угрозъ тяжкими наказаніями тѣмъ, кто лживитъ подлинные акты (тоже нынѣ см. ст. 704 — 706) **). Позднѣйшія нормы ищутъ установить постоянные признаки, при которыхъ угроза можетъ дѣйствительно заставить угрожаемаго предпочесть меньшее зло большему.

Право римское требовало, чтобъ это былъ metus non vani hominis, не пустой страхъ, а такое опасеніе, которое можетъ поколебать волю солиднаго человѣка (homo constantissimus l. 6 D. h. t.). Французское законодательство допускаетъ понятіе насилія, violence, только при условіи qu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, когда при семъ угроза вну-

---

*) Вся статья носитъ совершенно казуистическій характеръ. Предположенъ подлогъ съ соучастіемъ площадныхъ подъячихъ. Для сыска необходима *челобитная*. Санкція закона выражена уже общѣе и за всякую *нарядным дѣломъ по неволѣ* (въ старыхъ памятникахъ вмѣсто неволи встрѣчается выраженіе *вымученная* кабала) взятую кабалу указано тяжкое наказаніе, *кнутъ, тюрма*, а площаднымъ подъячимъ *отсѣчь рука*; ст. 254 указываетъ крайне характерную для эпохи угрозу тяжкими наказаніями для тѣхъ, кто *лживитъ будетъ крѣпость прямую, а не нарядную*.

**) То же въ изобиліи даютъ памятники средневѣковой юстиціи на Западѣ. См. напр., у Jobbé—Duval. Etude historique sur la revendication des meubles, 1881 гг., гдѣ много указаній и на нѣмецкія изслѣдованія.

шаетъ страхъ *значительнаго, сейчасъ наличнаго зла* (mal considérable et présent) для лица или имущества угрожаемаго (1112). Нельзя не сказать, что это пріемъ весьма цѣлесообразный для улучшенія стараго метода угрозъ наказаніями за лживыя обвиненія. Но и этотъ коментарій къ свойству страха еще все-таки не достаточенъ, чтобы служить надежнымъ практическимъ руководствомъ для судьи въ трудной задачѣ изслѣдованія внутренней стороны волеизъявленія. Въ виду этого указанный article требуетъ, для опредѣленія дѣйствія угрозы въ каждомъ данномъ случаѣ, вниманія къ возрасту, полу и общественному положенію лица (on a égard à l'âge, au sexe et à la condition de la personne).

Указанные здѣсь признаки угрозы тщательно выработаны въ Cod. civ. на совершенно точной основѣ пандектныхъ текстовъ и еще ближе разработаны и приноровлены къ разнообразію жизненныхъ явленій тоже въ духѣ позднѣйшихъ латинскихъ ученій *).

Все что въ нашей статьѣ 702 выражено слишкомъ обще, съ одной стороны, и, съ другой, не досказано, лежитъ скорѣе всего на отвѣтственности кодификаторовъ.

Ссылка на гл. X, ст. 251, Ул. Ц. А. М., которая одна подведена подъ статьей 702, ничѣмъ не оправдывается, ибо ст. 251 Ул. совсѣмъ не содержитъ въ себѣ требованія *страха настоящаго или будущаго зла, могущаго угрожать лицу или имуществу.* По существу это условіе до крайности широко поставленное и вовсе не соотвѣтствующее ни art. Cod. civ. (1112), ни латинской системѣ **). Такое зло, которое еще когда то, въ будущемъ, можетъ угрожать лицу или имуществу, развѣ въ очень рѣдкихъ случаяхъ способно носить характеръ неотвратимаго, противъ котораго нѣтъ другихъ средствъ, кромѣ подчиненія вымогательствамъ и насилію. Чтобъ дать юридическую опредѣленность такимъ угрозамъ, ихъ надо разработать въ частностяхъ, чего не дѣлаетъ нашъ законъ вовсе.

Если мы, такимъ образомъ, находимъ признаки принужденія, данные статьей 702-ой, до крайности широко поставленными и не соотвѣтствующими ни національной, ни латинской традиціи, то, съ другой стороны, ограниченіе настоящаго или будущаго зла

---

*) Ср. особ. Савиньи. System т. III, § 114; тоже въ изд. Code civ. Dard съ указаніями на пандектные тексты. Такія же указан. сдѣланы въ офиціальн. изд. Свода Гражд. Узакон. губерн. Прибалтійск.

**) Metum praesentem accipere debemus, non suspicionem inferendi ejus (L. 9 pr. D. h. t.) Еслибы нашъ кодексъ ввелъ еще угрозу оклеветанія, то это потребовало бы особаго толкованія. Неотвратимость зла составляла въ латинской системѣ тоже важную черту угрозы (...impetus qvi repelli non potest L. 2 D. h. t.).

имуществомъ или лицомъ только самого угрожаемаго представляетъ собою столь же неудачное отступленіе, опять и отъ національныхъ и универсальныхъ традицій, не имѣющее за себя никакихъ основаній и соображеній. Извѣстный текстъ Юлія Павла (l. 8 § 3 D. 4. 2) справедливо указываетъ, что родителей, по ихъ любви къ дѣтямъ, гораздо легче напугать угрозами, направленными на ихъ дѣтей, чѣмъ на нихъ самихъ (... qvum pro affectu parentes magis in liberis terreantur). Французскій Code допускаетъ инвалидацію сдѣлки по поводу насилій направленныхъ не только противъ самой partie contractante, но и противъ ея супруга, или противъ нисходящихъ и восходящихъ ея родственниковъ (sur son époux ou sur son épouse *), sur ses descendants et ses ascendants, art. 1113). Нѣтъ никакого сомнѣнія, что эти положенія, хотя чуждыя нашему кодексу, несравненно ближе соотвѣтствуютъ и нашимъ нравамъ и нашему правовоззрѣнію, чѣмъ сухая и черствая статья 702-ая т. X ч. I. Аргументировать это не трудно съ помощью того же Уложенія Ц. А. М., изъ коего взятъ несуществующій въ немъ страхъ *будущаго* зла, могущаго постигнуть *мое* лицо или имущество, и опущена семейная солидарность, такъ ярко выраженная въ положеніяхъ того же Уложенія о вознагражденіи потерпѣвшихъ членовъ семьи *за обиды* то вдвое, то вчетверо, то вполы противъ главы семьи (см. выше, стр. 330). Мы уходимъ, такимъ образомъ, благодаря неумѣлымъ пріемамъ кодификаціи, въ отдѣльныхъ и далеко немаловажныхъ пунктахъ, съ нашимъ „національнымъ“ кодексомъ много дальше отъ національнаго правосознанія, чѣмъ совершенно чужіе для насъ, но хорошо составленные, кодексы иноземныхъ правъ. Въ этомъ отношеніи проектъ даетъ вполнѣ цѣлесообразную поправку, распространяя дѣйствіе страха на совершающаго сдѣлку не за себя только, а также и за его близкихъ (ст. 61).

Дальнѣйшая и очень существенная *недомолвка* нашего кодекса въ этомъ вопросѣ заключается въ томъ, что въ немъ вовсе нѣтъ указаній на связь насильственнаго дѣйствія съ актомъ, къ коему это насиліе побуждало потерпѣвшаго. Нѣтъ сомнѣнія, что надлежитъ самымъ точнымъ образомъ локализировать дѣйствіе страха, возбужденнаго со стороны, иначе и здѣсь результаты будутъ уходить далеко за предѣлы желательнаго. Западные кодексы, въ виду классическаго образца, допускаютъ оспаривать именно только ту сдѣлку, которую вынуждали совершить, не любую, какая по этому

*) По отношенію къ женѣ viris bonis iste metus (страхъ безчестія жены) major, qvam mortis esse debet. L. 8 § 2 D. 4. 2 (Юлій Павелъ).

поводу могла быть совершена потерпѣвшимъ (C.c. art. 1111, Имп. К. art. 123, l. 9, § 1 h. t.) *).

Уложеніе Ц. А. М. и въ этомъ отношеніи стоитъ ближе къ дѣлу и лучше даетъ разумѣть его сущность, чѣмъ неуклюжая абстракція X т. ч. I. Въ Уложеніи видно, что рѣчь идетъ объ опредѣленной кабалѣ или крѣпости, которая подписана неволею. Т. X не даетъ ничего конкретнаго, ничего осязательнаго, ибо формулируетъ лишь самымъ общимъ образомъ указанные признаки принужденія по отношенію къ способамъ пріобрѣтенія правъ на имущество вообще.

Больше точности видно въ опредѣленіи дальнѣйшихъ реквизитовъ, коими условлена инвалидація сдѣлки, вынужденной угрозами. Уложеніе требуетъ *немедленной явки* (*того же дни*, како надъ нимъ, т.-е. потерпѣвшимъ, такое дѣло учинится), а затѣмъ, *челобитья* потерпѣвшаго *объ очной ставкѣ и о сыску вскорѣ, дни въ три, или въ четыре, и большое въ недѣлю* (см. ст. 251 гл. X). Буквально то же повторяетъ ст. 703 т. X ч. I со ссылкой на указанную статью Уложенія. Едва ли, однако, при измѣнившихся бытовыхъ условіяхъ, эта буквальность передачи статьи Уложенія составляетъ достоинство кодификаціи. Скорѣе здѣсь можно бы допустить тѣ обобщенія, которыя допущены далеко некстати въ другомъ мѣстѣ. Думается намъ, что смыслъ реквизитовъ Уложенія весь въ томъ только, чтобы побудить заинтересованнаго *къ немедленному оглашенію* событія. И это едва ли не лучше достигается формулой, которую находимъ теперь въ составѣ Имп. Нѣмец. Улож. Здѣсь, для подобнаго случая, указанъ срокъ предъявленія спора не днями (три, четыре дни и не болѣе недѣли), а отвлеченно—*безъ умышленнаго промедленія*, ohne schuldhaftes Zögern, что, кажется намъ, соотвѣтствуетъ много больше не только существу дѣла, но и настоящему смыслу статьи 251 Улож. Ц. А. М. Затѣмъ Нѣмецкое Уложеніе добавляетъ, что подобный искъ можетъ вообще быть предъявленъ въ теченіе годового срока. Французскій Code, совершенно въ духѣ всего института, дополняетъ, что нельзя опровергать силы сдѣлки, по поводу принужденія въ случаяхъ молчаливаго или именно выраженнаго ея одобренія впослѣдствіи, или же пропуска положеннаго для реституціи срока (art. 1115), изъ чего еще разъ становится яснымъ, что подобные пороки волеизъявленія не дѣлаютъ его ничтожнымъ по праву (de plein droit, ipso jure), а лишь допускаютъ признаніе недѣйстви-

*) Thur (A. H. Туръ) Der Nothstand im Civilrecht. 1888.

тельности вслѣдствіе спора или опроверженія его силы со стороны потерпѣвшаго (art. 1117).

Чрезвычайно любопытно и характерно *для дѣйствующаго русскаго права* стремленіе закона допускать и изыскивать въ труднѣйшихъ проблемахъ юстиціи (для браковъ, заключенныхъ по насилію, и для судьбы дѣтей, родившихся въ недѣйствительномъ бракѣ), и донынѣ, въ видахъ умаленія тяжкихъ послѣдствій инвалидаціи юридическихъ актовъ для потерпѣвшихъ, экстраординарные способы дѣйствія, къ какимъ въ подобныхъ случаяхъ прибѣгала и латинская практика (преторскія экстраординарныя когниціи). Въ такихъ случаяхъ судъ повергаетъ судьбу невинно потерпѣвшихъ Высочайшему воззрѣнію (т. X, ч. 1, ст. 133). Это власть (imperium) противодѣйствія ригоризму нормъ, который можетъ, въ отдѣльныхъ случаяхъ, претить нравственному чутью человѣка. Это, стало быть, сила, идущая навстрѣчу самому праву, выдѣленіе вопроса вовсе изъ общепринятыхъ нормъ, предѣлъ индивидуализаціи, допускаемый только въ крайности. Здѣсь своего рода помилованіе (*clementer agit praetor*... l. 14 § 1 D. h. t., какъ выражается въ одномъ случаѣ Ульпіанъ). Но это въ дѣйствующей системѣ только для вопросовъ права семейнаго. Въ сферѣ институтовъ имущественныхъ примѣненіе подобнаго метода встрѣтило бы гораздо болѣе серьезныя препятствія.

Проектъ вноситъ въ вопросъ о срокѣ для инвалидаціи сдѣлки вообще (о чемъ подробности позже) и признаніи недѣйствительности вынужденнаго брака воособенности существенныя измѣненія дѣйствующей системы. По отношенію къ дѣтямъ, „отъ брака, признаннаго недѣйствительнымъ“ Высоч. утвержд. мнѣніе Госуд. Сов. 1902 г. (Собр. узак. № 562, отд. I) сохраняетъ за ними уже отнынѣ права дѣтей законныхъ, а по отношенію къ тому изъ супруговъ, который былъ вовлеченъ въ бракъ насиліемъ или обманомъ, удержано въ силѣ право суда повергать его участь на милостивое воззрѣніе Императорскаго Величества (см. новую редакцію ст. 133 въ указан. Высоч. утв. мнѣніи Государств. Сов. 1902 г.).

§ 49.

Ошибка и ея функціи въ составѣ разныхъ институтовъ.—Общія положенія объ ошибкѣ въ кодифицированныхъ системахъ. — Литература. —Мѣсто ученія въ системѣ.—Подлинная и неподлинная ошибка.—Теорія воли и волеизъявленія.— Проблемы философскія и юридическія. — Обманъ. — Независимая отъ обмана ошибка.—Трудность изслѣдованія.—Жизненная основа (преемственная и одновременная) двойственности доктринъ. — Различіе стилей. — Общія положенія новыхъ кодексовъ и контрпроекта О. Бэра. — Возможно ли единство принципа?—Общія основы ученія.—Проектъ Гражд. Уложенія.

Мы сейчасъ видѣли, что N можетъ сдѣлать волеизъявленіе (акцептъ векселя), которое вовсе не соотвѣтствуетъ его волѣ. Второй образецъ векселя былъ акцептованъ только потому, что N *забылъ* о сдѣланномъ уже имъ акцептѣ перваго образца. Въ основаніи второго акцепта лежитъ *ошибка*. Намѣренія, воли платить два раза по одному векселю у N не было.

И *несмотря на это отсутствіе воли*, вексельная сдѣлка безповоротно конституирована простымъ волеизъявленіямъ. Если оба образца векселя будутъ предъявлены къ платежу, то N придется отвѣчать и по первому и по второму акцепту.

Очевидно, въ правѣ, въ правѣ гражданскомъ, есть случаи, гдѣ, такъ же какъ при наличности принужденія, ошибка не можетъ служить основаніемъ инвалидаціи сдѣлки, и сдѣлка остается въ силѣ въ виду наличности волеизъявленія, безъ всякаго изслѣдованія наличности подлинной воли, безупречнаго психическаго процесса, который предшествовалъ волеизъявленію (ст. 72 Векс. Уст. стараго и 116 новаго).

Можно было бы обобщить это явленіе и заключить, что право гражданское писано для бдительныхъ, и небдительные должны роковымъ образомъ терпѣть потери вездѣ, гдѣ они окажутся въ заблужденіи, гдѣ будетъ на лицо незнаніе, ошибка.

Такое обобщеніе будетъ, однако, совершенно ложнымъ пріемомъ.

Достаточно взять ст. 529 т. X, ч. 1, чтобъ увидать, насколько различно дѣйствіе ошибки или незнанія *въ составѣ разныхъ институтовъ*. N покупаетъ имѣніе у C, совсѣмъ *не зная*, что C не собственникъ, что онъ владѣетъ имѣніемъ, *ошибочно* основывая свое право на положеніяхъ о порядкѣ родственнаго преемства, въ то время какъ это имѣніе было завѣщано постороннему. Эти ошибки или это незнаніе не ставятъ владѣльца ни въ какую опасность гражданской отвѣтственности. Наоборотъ. Эти ошибки и это незнаніе составляютъ положительное условіе или положительное требованіе, для того, чтобы N оказался въ

самой выгодной позиціи относительно противника. Онъ можетъ сослаться на добросовѣстное и при томъ, быть можетъ, еще давностное владѣніе, чтобы удержать вещь въ своихъ рукахъ, во всякомъ случаѣ, чтобы не отвѣчать, въ случаѣ присужденія имѣнія собственнику, за плоды и доходы съ этого имѣнія, коимъ онъ владѣлъ *по ошибкѣ*, не зная вовсе недостатка легальныхъ качествъ своего владѣнія.

Вопросы объ ошибкѣ и ея вліяніи на гражданскія правоотношенія встрѣчаются въ цивильной практикѣ чаще и занимаютъ нашу науку несравненно больше вопросовъ о принужденіи или насиліи, которые мы выше разсмотрѣли.

Мы привели два примѣра изъ состава нашего дѣйствующаго права, въ коихъ одинъ разъ ошибка падаетъ всею своею тяжестью на ошибающагося (72/116 ст. В. У.), въ другой та же ошибка прямо выгодна для ошибающагося.

Это далеко не всѣ случаи, которые знаетъ наше гражданское право по вопросу объ ошибкѣ. Но есть ли, однако, въ его составѣ, наряду съ положеніями о принужденіи, какія-либо *общія положенія* по вопросу о вліяніи ошибки на способы пріобрѣтенія правъ вообще, или правъ по имуществамъ въ частности?

Ихъ вовсе нѣтъ. Выше было видно, что свобода произвола, которой требуетъ ст. 701 для всѣхъ способовъ пріобрѣтенія правъ на имущества, нарушается 1) принужденіемъ (о чемъ говорено выше) и 2) *подлогомъ*. Вотъ все, что даетъ наше законодательство *по общему вопросу* объ ошибкѣ въ сферѣ гражданскихъ правоотношеній. Короче сказать, для вопроса объ ошибкѣ т. X. ч. 1 не заключаетъ въ себѣ никакихъ общихъ руководящихъ положеній ни для всѣхъ способовъ пріобрѣтенія правъ по имуществамъ вообще, ни для сдѣлокъ договорныхъ въ особенности.

Такія общія положенія находятся въ любомъ изъ дѣйствующихъ на западѣ гражданскихъ кодексовъ или въ составѣ общихъ ученій (часть общая), или въ положеніяхъ общихъ для права договорнаго въ частности.

Большимъ обиліемъ правилъ руководящихъ общихъ и особенно для отдѣльнаго ихъ приложенія въ различнымъ институтахъ отличается по этому предмету право римское.

Въ связи съ его разработкой въ особенности и новые кодексы наполнялись содержаніемъ по этому ученію. Кодексъ французскій обогатился особенно этимъ содержаніемъ чрезъ посредство трактатовъ Pothier (особ. Traité des obligations 1761 г.). Нѣмецкая литература знаетъ въ теченіе истекшаго столѣтія класси-

ческую работу Савиньи въ III т. его System и затѣмъ массу работъ въ составѣ всѣхъ важнѣйшихъ учебниковъ (особенно Bekker'a) и большихъ спеціальныхъ монографій, Цительмана (Irrthum u. Rechtsgeschäft, eine psychologisch-juristische Untersuchung, 1879 г.) и Леонгарда (Irrthum bei nichtigen Verträge 1881 г. *).

Большого развитія *обобщеній* очень избѣгаютъ даже новѣйшіе кодексы (саксонскій, гдѣ въ общей части всего три статьи касаются ошибки и значительное количество связано съ общими положеніями по отдѣльнымъ категоріямъ институтовъ; то же должно сказать и для Имперск. Гражд. Улож. 1896 г.).

Наоборотъ, въ литературѣ нѣмецкой опять и здѣсь, какъ вообще въ ученіи о сдѣлкѣ, очень широко ставились *именно общія ученія* объ ошибкѣ и ея вліяніи на правоотношенія. Савиньи справедливо замѣтилъ, что моментъ ошибки входитъ въ составъ многихъ институтовъ гражданскаго права и поэтому трудно дать ему *одно* мѣсто въ системѣ. Можно бы думать, что по этому соображенію Савиньи и не дастъ этому ученію одного мѣста въ системѣ, а будетъ его разбирать въ разныхъ мѣстахъ. Но соображеніе, выраженное Савиньи, побуждаетъ его излагать ученіе объ ошибкѣ не только въ общей части, въ ученіи о дѣяніяхъ, но еще особо въ спеціальномъ приложеніи, весьма обширномъ, гдѣ онъ именно старается исчерпать все, что важно для ученія объ ошибкѣ въ *одномъ мѣстѣ*, хотя и внѣ общей системы. Очень широко трактуетъ ошибку въ составѣ самыхъ различныхъ институтовъ и Вангеровъ тоже въ общихъ ученіяхъ (см. Lehrbuch d. Pandekten § 83).

Мы не послѣдуемъ ихъ примѣру и будемъ трактовать *въ общей части ошибку только въ составѣ волеизъявленій*, какъ моментъ, оказывающій вліяніе на юридическій эффектъ волеизъявленія и только.

Наличность ошибки очевиднымъ образомъ должна оказывать извѣстное вліяніе на силу волеизъявленія. Вопросъ не въ этомъ, а въ условіяхъ этого вліянія и въ его силѣ.

Мы не расширяемъ ученіе объ ошибкѣ въ составѣ общей

*) О томъ и друг. см. мою рецензію въ Юридической библіографіи изд. юридич. факульт. Петерб. Унив. № 1 (1884 г.), 24. Для права французскаго сравнительно съ римскимъ Etude sur l'erreur en droit romain et français Lardie et Varelle. Во французской юридической литературѣ ученіе объ ошибкѣ чаще всего связываютъ съ контрактами, какъ оно является въ Code civ. Теперь все это весьма обстоятельно у Saleilles Déclaration de volonté, стр. 12—39, по поводу ст. 119 Нѣм. Уложен. Въ 1903 г. S. Schlossmann публиковалъ небольшой трактатъ Der Irrthum über wesentliche Eigensch. der Person u d. Sache nach d. BGB.

части на любыя дѣйствія и беремъ лишь въ предѣлахъ юридической сдѣлки для того, чтобы внести въ ученіе большую опредѣленность и не осложнять безчисленными оговорками. Это локализируетъ задачу изученія и дѣлаетъ ее выполнимой именно въ этомъ мѣстѣ системы. Когда мы говоримъ *о юридической сдѣлкѣ*, то у насъ въ виду дѣеспособный субъектъ и опредѣленная сфера его гражданскихъ правоотношеній, на измѣненіе коихъ онъ можетъ, въ силу свойственнаго этой сферѣ правоотношеній характера самоопредѣленія, свободно вліять.

Въ кругу юридическихъ сдѣлокъ лицо можетъ дѣйствовать, *намѣренно* не обнаруживая подлинной своей воли, или маскируя ее умышленно сдѣлкой другого типа. Это одна категорія явленій, гдѣ волеизъявленіе, моментъ внѣшній, и сама воля, моментъ внутренній, не совпадаютъ одинъ съ другимъ. Другой рядъ явленій будетъ тотъ, гдѣ такое несовпаденіе воли съ волеизъявленіемъ происходитъ *безъ всякаго намѣренія*, безъ разсчета ввести кого-либо въ заблужденіе. Въ этомъ послѣднемъ рядѣ явленій противорѣчіе волеизъявленія подлинной волѣ составляетъ обыкновенно слѣдствіе ошибки или незнанія.

Въ этомъ послѣднемъ ряду явленій юристы различаютъ два случая. Я выразилъ то, чего я не хотѣлъ выразить. Это первый случай. Другой случай будетъ такой: я выразилъ хотя именно то, что хотѣлъ выразить, но это мое волеизъявленіе вызвано было моей ошибкой.

Въ обоихъ случаяхъ я одинаково въ ошибкѣ. Но въ вопросѣ о томъ, въ какомъ отношеніи находится мое волеизъявленіе (внѣшній моментъ) къ моей волѣ (моменту внутреннему), оба случая существенно различны.

Въ 1-мъ случаѣ есть только *волеизъявленіе*, *безъ* всякаго ему *соотвѣтствующаго внутренняго* момента. Волеизъявленіе есть только видимость воли, по существу же это простая *обмолвка*, *описка*. Здѣсь воли вовсе нѣтъ, а есть только фальшивый, но не предумышленный, а ненамѣренно мною данный ея наружный признакъ.

Во 2-мъ случаѣ есть налицо не только *волеизъявленіе*, но волеизъявленіе вполнѣ отвѣчающее тому, что я хотѣлъ выразить, *конгруирующее съ моей волей*.

Эти два случая съ особой тщательностью старался различить Савиньи. Результатъ анализа выраженъ имъ въ особомъ наименованіи той и другой ошибки и въ особыхъ послѣдствіяхъ, которыя онъ соединялъ съ этимъ различіемъ.

Въ 1-мъ случаѣ, говоритъ онъ, есть ошибка, но она *непо-*

длинная (unächt). Терминъ неудаченъ. Это всѣ признаютъ. Но разницу двухъ случаевъ и достоинство различенія считаютъ и понынѣ многіе большой его заслугой. Первый случай по мысли Савиньи отличается тѣмъ, что тутъ не ошибка опорочиваетъ сдѣлку, а *отсутствіе воли*, хотя въ основѣ это отсутствіе воли причинено все же ошибкой (обмолвкой, опиской). Я вовсе ничего не представлялъ себѣ такого, что получилось вслѣдствіе обмолвки. Я отказался, когда не думалъ отказываться, принялъ, когда не думалъ принимать. Выраженіе есть, а воли нѣтъ. Это имѣетъ мѣсто не только въ сдѣлкахъ односторонникъ, но и въ договорныхъ сдѣлкахъ, гдѣ принимающій предложеніе *ослышался* или *прочелъ не то, что писано* *).

Тѣ учители, которые все существо сдѣлки сводятъ *къ волѣ*, а не къ волеизъявленію, и въ числѣ ихъ, впереди всѣхъ, самъ Савиньи, утверждаютъ для случаевъ обмолвки, описки, отсутствія воли или консенза, недѣйствительность сдѣлки не на томъ, что есть ошибка, которой свойства могутъ быть различны (ошибка въ правѣ, въ фактѣ, извинительная, неизвинительная, существенная, несущественная), а на томъ, что *нѣтъ здѣсь вовсе воли*.

Стало быть, для перваго случая должно получиться общее правило, что сдѣлки нѣтъ, есть только обманчивая внѣшность ея, безсильная для какихъ-либо измѣненій въ сферѣ правоотношеній, ибо нѣтъ вовсе воли, или, въ договорѣ, нѣтъ консенза.

Второй случай будетъ представлять собою нѣчто совершенно иное. Извѣстнаго измѣненія правоотношеній я именно хотѣлъ и эту волю я выразилъ.

Но оказывается, что *воля эта опредѣлилась* во мнѣ *подъ дѣйствіемъ ошибочнаго представленія*. Вотъ тутъ именно имѣетъ быть разсмотрѣнъ *вопросъ объ ошибкѣ* и ея вліяніи на составъ сдѣлки.

Этотъ случай можетъ представить собою нѣчто родственное съ разобраннымъ выше случаемъ принужденія. Но какъ и въ случаѣ принужденія школа Савиньи (Willenstheorie, воля, какъ рѣшающій принципъ) находитъ, что здѣсь, при наличности не только волеизъявленія, но и воли (ächter Irrthum), надо индивидуализировать изслѣдованіе и оцѣнивать въ данномъ случаѣ особое *свойство ошибки* (въ законѣ, въ фактѣ, въ сдѣлкѣ, ведущей къ стяжанію или нестяжательной, существенной и несущественной, извинительной или неизвинительной по существу, по лицамъ въ

*) System III стр. 263 пр. b и 264. Савиньи приходилось вырабатывать цѣльное ученіе изъ казуистическаго матеріала взятыхъ въ составъ пандектовъ текстовъ писателей разныхъ эпохъ и направленій.

ней виновнымъ и проч.), чтобы опредѣлить ея вліяніе на силу волеизъявленія.

Если бы мы смотрѣли на вопросъ съ чисто философской точки зрѣнія, то въ этомъ ученіи, нѣтъ сомнѣній, много заманчиваго въ смыслѣ постановки проблемы, выдержки и послѣдовательности ея разрѣшенія.

Все вѣрно и все справедливо. Это справедливо или близко къ справедливости не только съ точки зрѣнія философской, но и съ той, которая такъ привлекаетъ Шлоссмана, съ точки зрѣнія криминалиста. Тутъ какъ будто рѣчь идетъ именно о вмѣненіи...

Въ пользу Willenstheorie и основъ ученія Савиньи высказывалась масса нѣмецкихъ юристовъ. На его сторонѣ Виндшейдъ, въ послѣднихъ изданіяхъ книги *) во многомъ принявшій нѣкоторые результаты обширнаго изслѣдованія Цительмана по этому вопросу (указ. выше трактатъ). Задача Цительмана собственно психологическая, ибо онъ ищетъ установить условія, при наличности коихъ ошибка исключаетъ вполнѣ намѣреніе и сознаніе. Тутъ рѣчь, стало быть, о психической функціи ошибки, смотря по различію содержанія и предмета ошибки. Изслѣдованія очень цѣнны для изученія внутренней стороны явленій, *когда есть возможность войти въ индивидуальное ихъ разсмотрѣніе.* Цѣлая треть книги (стр. 23—200) посвящена этимъ психологическимъ штудіямъ.

Общія и постоянныя практическія проблемы юриспруденціи уходили и уходятъ у этихъ писателей постоянно на второй планъ.

Вотъ именно этотъ *недостатокъ практичности* въ ученіяхъ этого направленія и вызвалъ реакцію противъ самого направленія изысканій. Въ цивилистикѣ мы имѣемъ дѣло не съ этими проблемами внутренняго міра человѣческой воли, а съ волеизъявленіями *въ сферѣ дѣловой*, гдѣ, независимо отъ вопросовъ воли, основой сношеній служатъ волеизъявленія. Имъ довѣряютъ, ихъ держатся люди, не уходя вовсе въ глубь изысканій подлинной воли. Виднѣйшіе писатели, стоявшіе въ ученіи объ ошибкѣ на этой точкѣ зрѣнія, были Бэръ (Оттонъ), Августъ Тонъ, позже Леонгардъ, Исай и многіе другіе **). Все равно, въ тѣхъ ли случаяхъ, гдѣ есть волеизъявленіе и вовсе нѣтъ воли (неподлинная ошибка, по Савиньи), или гдѣ есть воля, но вызванная

*) Основныя идеи Цительмана введены въ примѣчаніе учебника Виндшейда.

**) Подробности у Виндшейда § 75 прим.

ошибкой (подлинная ошибка),—волеизъявленіе въ практикѣ есть *конституировавшаяся воля* и не можетъ не произвести эффекта, въ особенности когда у лица, *къ коему обращено волеизъявленіе*, не рождается никакого сомнѣнія насчетъ подлинности воли. Допустить во всѣхъ этихъ случаяхъ инвалидацію сдѣлки по тому единственному основанію, что сторона въ сдѣлкѣ ошибалась, значило бы поколебать надежность дѣловыхъ сношеній и замѣнить наружный критерій наличности воли при волеизъявленіи совершенно ненадежнымъ изысканіемъ внутреннихъ моментовъ, которые часто могутъ быть совсѣмъ неуловимы. Это значитъ замѣнить лучшее изъ двухъ золъ несомнѣнно худшимъ. Въ виду этого, и на встрѣчу Цительману, Леонгардъ ставитъ себѣ задачу провести *осязательную* для практическихъ цѣлей границу между задачами философіи и юриспруденціи *).

Въ огромномъ большинствѣ случаевъ ошибки въ сдѣлкѣ односторонней или договорной, особенно если онѣ не касаются существенныхъ сторонъ волеизъявленія, остаются безъ всякой возможности исправленія и ложатся своею тяжестью на ошибающагося. Какія въ отдѣльныхъ случаяхъ возможны здѣсь исправленія, мы сейчасъ скажемъ объ этомъ. Но случаи, гдѣ сравнительно легче не только установить наличность ошибки, но и устранить ея вредныя послѣдствія, выдѣляются въ практической юриспруденціи въ особую группу.

Это тѣ случаи, гдѣ ошибка произошла не вслѣдствіе какого-либо недостатка во внутреннемъ процессѣ самоопредѣленія воли (забвеніе, недостатокъ возбужденнаго вниманія, описка, обмолвка), а подъ очевиднымъ вѣшнимъ вліяніемъ, при содѣйствіи лица, которое ввело въ ошибку субъекта сдѣлки.

N. не самъ ошибся въ подписи документа, а сдѣлался жертвою обмана, именно *подлога*. Ему, напр., дали подписать не тотъ актъ, который подлежалъ подписи.

Наше законодательство собственно этимъ явленіемъ и ограничиваетъ свои опредѣленія объ ошибкѣ въ указанныхъ выше общихъ положеніяхъ. Свобода произвола и согласія нарушается... подлогомъ (ст. 701). Этотъ случай есть единственный предусмотрѣнный въ рядѣ положеній общаго содержанія. Законъ видитъ въ такомъ *устраненіи* свободы произвола изъ состава односторонней сдѣлки или договора основаніе для признанія недѣйствительности сдѣлки. Въ рядѣ статей, выведенныхъ нынѣ (изд.

*) См. особенно горячо написанный § 4 указан. сочиненія zur Grenzregulierung zwischen Jurisprudenz u. Philosophie.

87 г.) изъ состава т. X ч. I въ Уложеніе о наказан., указанъ путь уголовнаго преслѣдованія за этотъ видъ преступныхъ дѣяній.

Не можетъ быть сомнѣнія, что нашъ законодатель сопоставляетъ оба вида покушенія на свободу произвола и согласія въ юридическихъ сдѣлкахъ (принужденіе и подлогъ) по нѣкоторому внутреннему основанію, ибо въ томъ и другомъ случаѣ субъектъ сдѣлки является собственно одинаково *невольнымъ орудіемъ чужихъ цѣлей* въ распоряженіи своимъ имуществомъ, чего изъ волеизъявленія вовсе не видно. Обманутый или вынужденный насиліемъ совершаетъ наружнымъ образомъ сдѣлку какъ бы sua sponte (ср. C. c. art. 1109).

Исцѣленіе этого *невольнаго* разнорѣчія между подлинной волей и волеизъявленіемъ *для случаевъ подлога* предусматривается въ той самой 72, теперь 116 ст. Векс. Уст., которую мы цитировали выше. Случай, который приводитъ къ необходимости двойного платежа по векселю, можетъ составлять результатъ подлога, котораго нельзя тотчасъ усмотрѣть (ибо оба образца векселя пришли къ плательщику *отъ разныхъ векселедержателей* съ правильными надписями). Приниматель обязанъ заплатить по тому и другому образцу. Но матеріальный убытокъ отъ этого платежа можетъ быть ему возмѣщенъ посредствомъ иска къ тому или къ тѣмъ, кто участвовалъ въ подлогѣ. И такъ, ошибка, вызванная обманомъ, въ сдѣлкахъ извѣстнаго формальнаго строенія, каковъ вексель, не колеблетъ силы сдѣлки, если нѣтъ очевидности подлога *), но евентуально избавляетъ потерпѣвшаго отъ матеріальныхъ ущербовъ, вызванныхъ ошибкой.

Эта возможность уйти безъ потерь въ случаяхъ подлога условлена наличностью отвѣтственнаго по подлогу лица, которое вызвало ошибку и причинило убытокъ.

Статья 72 предполагаетъ *забывчивость* у принимателя векселя, которою воспользовался предъявитель второго образца для подлога.

Но возможенъ обманъ и другого рода, гдѣ обманутый входитъ въ сдѣлку вовсе *не безсознательно*, какъ въ указанномъ случаѣ подлога; а совершенно сознательно хочетъ войти въ такую-то операцію. Его побуждаетъ къ этому хорошо, какъ ему кажется, сдѣланный разсчетъ. Но основанія для этого разсчета

*) Такая очевидность будетъ, если оба образца векселя совершенно одинаковы и принявшій ихъ къ платежу убѣдится въ этомъ чрезъ сличеніе; тогда онъ вовсе не обязанъ платить по образцу, позже принятому (та же статья 72, конецъ), ибо недобросовѣстный притязатель на вторичный платежъ тутъ же на лицо (тоже ст. 116 Нов. Уст. съ разсужд. объ основаніяхъ въ изд. Государств. Канцеляріи).

суть ошибочныя. Ему даны были ложныя свѣдѣнія, которыя онъ считалъ вѣрными. Здѣсь не отсутствіе воли, какъ въ первомъ случаѣ, а ложно со стороны направленная воля даетъ основу для волеизъявленія. Въ этихъ двухъ случаяхъ (подпись на подсунутомъ документѣ и вступленіе въ сдѣлку подъ вліяніемъ ошибочныхъ данныхъ) такое же различіе ошибки, которое Савиньи обозначалъ названіемъ ошибки неподлинной (для 1-аго случая, гдѣ, по Савиньи, вовсе не было воли) и подлинной (для 2-ого, гдѣ воля была на-лицо, но подъ дѣйствіемъ обмана).

Для случаевъ, гдѣ есть обманъ, будетъ ли это подлогъ, или сообщеніе ложныхъ свѣдѣній, ошибка исцѣлима, если не всегда въ смыслѣ инвалидаціи сдѣлки, то очень нерѣдко въ смыслѣ матеріальнаго вознагражденія за ущербъ со стороны обманщика (Ул. о Наказ. 85 г. ст. 1688 и 1690).

Конечно, и въ томъ и въ другомъ случаѣ *споръ противъ силы актовъ*, опроверженіе ихъ и доказательства подлога или обмана *имѣютъ исходить отъ потерпѣвшаго*.

Гражданское законодательство наше касается вопросовъ о силѣ подобныхъ актовъ, о способахъ ихъ инвалидаціи и послѣдствіяхъ для правоотношеній третьихъ, не въ одномъ случаѣ, а въ цѣломъ рядѣ ихъ. И здѣсь, такъ же какъ въ вопросахъ принужденія и насилія, *наряду съ ординарными способами* огражденія нарушенныхъ правъ, т. X ч. I. *знаетъ чрезвычайныя мѣры*, каково ходатайство передъ Высочайшею властью о смягченіи участи пострадавшихъ, вслѣдствіе признанія недѣйствительности брака, заключеннаго подъ вліяніемъ обмана, самого супруга и дѣтей (ст. 133).

Въ иныхъ случаяхъ, гдѣ въ результатѣ обмана получается не это явленіе недѣйствительнаго брака (matrimonium putativum), а тѣ или другія невыгодныя въ *имущественномъ смыслѣ* сдѣлки, законъ нашъ, *въ связи съ вопросомъ о виновности* того или другого круга лицъ въ нанесеніи вреда и убытка, указываетъ общія ординарныя исковыя средства для устраненія потерь, проистекающихъ вслѣдствіе обмана.

Для силы сдѣлки опредѣленій общихъ, кромѣ указанной недѣйствительности ея, нашъ законъ не вырабатываетъ.

Мы, такимъ образомъ, взяли впередъ случаи ошибки, гдѣ выходъ изъ трудной проблемы исцѣленія порока сдѣлки или устраненія вредныхъ ея послѣдствій представляется относительно легкихъ.

Какъ же быть въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ нѣтъ внѣшняго воздѣйствія на волю, а есть ошибка, составляющая послѣдствіе по-

роковъ воли или сознанія совершающаго сдѣлку (его разсѣянность, забывчивость, недосмотръ, незнаніе, ложный разсчетъ и проч.)?

Мы видѣли выше два выхода, которые указываютъ нынѣшніе руководящіе писатели изъ этихъ трудностей. Въ основѣ одного ученія лежитъ принципъ воли, на коемъ въ этомъ лагерѣ строютъ всю теорію сдѣлки. Отсюда получаются всѣ консеквенціи этого ученія. Гдѣ нѣтъ воли, не можетъ быть сдѣлки; гдѣ есть воля, но вызванная ошибкой, тамъ надо идти путемъ оцѣнки ошибки, вмѣненія ея въ разныхъ условіяхъ (какъ это было показано выше *) виновнику и возложенія на него лично большей или меньшей тяжести послѣдствій его ошибки. Эта трудная проблема индивидуальныхъ изысканій не только существованія ошибки, но и вмѣнимости ея, несомнѣнно удовлетворяетъ чувству справедливости. Но въ практикѣ она представляетъ величайшія неудобства. Прежде всего никакая тщательность изысканій не даетъ намъ въ результатѣ полной гарантіи отъ возможнаго со стороны потерпѣвшаго прямого обмана. Мы только что устранили опасность обмановъ, гдѣ наличность обмана легко установить, ибо онъ идетъ извнѣ. Но какъ устранить обманъ, когда заинтересованный всѣми средствами ищетъ доказать *свое незнаніе, свою оплошность*, которая будто повела къ роковой ошибкѣ, въ условіяхъ, гдѣ весь процессъ скрытъ въ его сознаніи, и выведеніе его наружу или вымыселъ несуществовавшей ошибки составляетъ ultimum refugium для потерпѣвшаго отъ собственной оплошности или азарта человѣка? Здѣсь самый очевидный соблазнъ для обмана! И если такая хорошо придуманная ошибка окажется еще извинительной для него, то мы будемъ вынуждены инвалидировать сдѣлку, какъ бы это ни было тяжело для стороны собственно ни въ чемъ неповинной **).

Отсюда, какъ было видно выше, реакція въ пользу другой основы правоотношеній, возникающихъ изъ сдѣлки. Сдѣлка односторонняя или договоръ конституируются не наличностью воли

---

*) Общеизвѣстныхъ, хотя не всѣми пандектистами раздѣляемыхъ началъ вмѣненія ошибки по различію ошибки въ правѣ, въ фактѣ, существенной, несущественной, извинительной, неизвинительной для всѣхъ, для извѣстнаго круга лицъ, въ связи съ вопросомъ о доказываніи наличности ошибки и ея извинительности, въ сдѣлкахъ inter vivos и mortis causa, мы не будемъ здѣсь касаться, ибо все это исчерпывается въ общихъ пандектныхъ ученіяхъ и доступно при помощи любого основательнаго пандектнаго учебника.

**) Мастерство симуляціи, притворства, не составляетъ вовсе особенности служилыхъ людей прошлаго вѣка, на притворное дурачество которыхъ сѣтуютъ петровскіе указы. Теперешняя судебная практика даетъ любопытные образцы симулированной безграмотности простолюдиновъ для прикрытія продѣлокъ, предполагающихъ именно грамотность для ихъ выполненія.

или консенза, а наличностью волеизъявленія или совпаденія волеизъявленій. Я обязываюсь силой *выраженнаго* мною акта моей воли, хотя бы самой воли и не было. Или контрактъ возникаетъ, ибо оферта принята въ томъ видѣ, какъ она была выражена, хотя бы это выраженіе оказалось впослѣдствіи или ошибочнымъ, или допускающимъ двоякое пониманіе, въ той или другой мѣрѣ не соотвѣтствующимъ внутреннему моменту, волѣ, мыслямъ, сознанію въ лицѣ волеизъявляющаго.

Исключительность и односторонность каждой изъ этихъ доктринъ совершенно очевидны. Но дѣло въ томъ, что та и другая доктрина не представляетъ собою чисто теоретической продукціи. Въ большей или меньшей мѣрѣ и та и другая составляютъ болѣе или менѣе удачную абстракцію взглядовъ свойственныхъ разнымъ эпохамъ въ развитіи права, и та и другая есть формула болѣе или менѣе близко выражающая правовоззрѣніе, характеризующее институты извѣстнаго типа.

Мы уже указывали это различіе, разбирая выше ученія о природѣ самой юридической сдѣлки, независимо отъ того или другого практическаго приложенія къ отдѣльнымъ вопросамъ, касающимся волеизъявленія (вынужденнаго, ошибочнаго). Здѣсь намъ приходится лишь примѣнять тѣ общія воззрѣнія къ этимъ отдѣльнымъ проблемамъ.

Система права, характеръ сдѣлокъ, можетъ носить типическія черты общности, непримѣнительности къ разнымъ условіямъ, узости и строгости концепціи, какъ строгъ, общъ, непримѣнителенъ *сплошной* счетъ дней, для опредѣленія текущихъ сроковъ. Всѣ и вся должны подчиняться одному шаблону, кто бы это ни былъ, какъ бы ни сложились въ данномъ случаѣ обстоятельства дѣла.

Эта черта сильнаго развитія *формализма* въ эпохѣ, въ системѣ, въ отдѣльныхъ институтахъ, въ отдѣльныхъ сдѣлкахъ.

Есть внѣшнія данныя, есть право, нѣтъ ихъ, нѣтъ права. И эта мѣра *внѣшняго* распознаванія права обнимаетъ не только нормы, но и весь юридическій стиль эпохи.

Мы говорили объ эпохѣ, о системѣ... Можно выбросить и эпоху и систему въ цѣломъ и взять отдѣльное явленіе системы, сдѣлку. На ней будетъ виденъ весь стиль, какъ онъ виденъ и на цѣлой системѣ.

Что-жъ даетъ этотъ строгій стиль сдѣлки для вопроса объ ошибкѣ? Ея нѣтъ и быть не можетъ, не полагается въ сдѣлкахъ этого стиля. Почему? Потому что здѣсь нѣтъ метода индивидуальнаго изслѣдованія, нѣтъ внутреннихъ критеріевъ вмѣненія. Все обще,

все шаблонно и всякое уклоненіе отъ шаблона ложится, безъ всякой возможности поправки, на того, кто не дорось до этой выправки воли, до этой дисциплины безповоротнаго самоопредѣленія.

Всѣ пріемы строенія сдѣлки, весь ея составъ, способъ обращенія съ ней будутъ иными въ другихъ бытовыхъ условіяхъ. Едва на мѣсто стараго ригоризма нормы является потребность и способность къ примѣнительности, извѣстная гибкость формъ, обиліе способовъ дѣйствія, характеръ сдѣлки локализованный, въ кругу лицъ того или другого склада, какъ тотчасъ же въ правѣ, въ способахъ разумѣнія, толкованія, начинаетъ развиваться на мѣсто старыхъ шаблоновъ методъ индивидуализаціи, допускающій въ принципѣ изслѣдованіе не юридической только обрядности, а всѣхъ особенностей случая, всей внутренней стороны отношенія, всего конкретнаго содержанія даннаго казуса. Здѣсь и время считаютъ не такъ (tempus utile), и скалу зрѣлости дѣлаютъ мельче и примѣнительнѣе къ дѣйствительному преуспѣванію сознанія человѣка вмѣстѣ съ возрастомъ, и наконецъ, развиваютъ такое обиліе формъ сдѣловъ, въ коихъ, смотря по стилю сдѣлки, по типу лицъ, по свойству операціи, она носитъ на себѣ или черты подлиннаго формализма воли, или, наоборотъ, моменты далеко незаконченнаго, а длящагося воздѣйствія воли на окончательное образованіе ея состава.

Въ этихъ условіяхъ обыкновенно сходятъ со сцены *) старые cantatores formularum, дѣльцы на всѣ руки, и уступаютъ мѣсто мастерамъ другого рода, юристамъ, разумѣющимъ различіе стилей, вооруженнымъ не одной интуиціей, но и широкимъ познаніемъ то въ области практики специфической, въ тѣхъ или другихъ областяхъ дѣловыхъ сношеній, то въ задачахъ изслѣдованія вглубь, въ сферѣ психическихъ процессовъ, предшествовавшихъ волеизъявленію.

Вотъ этотъ *дуализмъ системъ и сдѣлокъ*, преемственный и одновременный, и долженъ всегда быть на виду въ задачахъ примѣненія того или другого изъ двухъ указанныхъ методовъ обращенія съ цивильной сдѣлкой, когда по требованію заинтересованныхъ судъ долженъ разсмотрѣть отношеніе волеизъявленія къ внутреннему составу сдѣлки, къ подлинной волѣ лицъ.

Есть случаи, гдѣ и нынѣ нельзя допустить никакой поправки наличныхъ данныхъ по основаніямъ, до извѣстной поры вовсе необнаруживавшимся ни въ какихъ признакахъ. Какіе эти случаи?

*) Иногда только со свѣта Божьяго, не теряя способности дѣйствовать изъ-за угла (Winkeladvokaten).

Ихъ очень трудно исчерпать, и ничто здѣсь не можетъ замѣнить жизненнаго опыта суда. Но, однако, есть сдѣлки, въ коихъ преобладающая черта внутренняго формализма воли до того очевидна, что разумѣніе ихъ природы доступно очень широкимъ кругамъ людей. Таковъ переводный вексель, коего назначеніе выходитъ очевиднымъ образомъ вовсе изъ узкаго круга людей, лично знакомыхъ со свойствами каждаго участника сдѣлки. Таковы вообще операціи торговаго типа, разсчитанныя на скорѣйшій обмѣнъ товаровъ. Таковъ въ сдѣлкахъ общаго права оборотъ съ предъявительными бумагами и особенно ипотечныя операціи.

Примѣненіе формализма воли, внутренняго, въ сдѣлкахъ перваго рода безопасно въ виду нормальныхъ свойствъ людей, занимающихся торгомъ. Примѣненіе тѣхъ же критеріевъ для ипотечныхъ сдѣлокъ обставлено обиліемъ обрядностей, гарантирующихъ отъ случайности ошибки.

Гдѣ, однако, ошибки могли бы обнаружиться, тамъ, какъ мы видѣли въ статьѣ 72-ой (116-ой нов. Уст. о векс.) *вопросъ о силѣ сдѣлки совершенно отрѣшается отъ вопроса о матеріальныхъ невыгодныхъ ея послѣдствіяхъ*. Векселепринимательобязанъ платить, несмотря на свою ошибку, но въ то же время потери свои онъ можетъ взыскивать по такимъ признакамъ, коихъ на самой сдѣлкѣ совсѣмъ не видать. Сила сдѣлки ограждена отъ колебанія вслѣдствіе этого выдѣленія болѣзненнаго процесса въ особое производство. Точно тоже видно и въ гипотечной системѣ. Ошибка возможна здѣсь въ ряду случаевъ, какъ и вездѣ въ жизни. Всякій такой вопросъ объ ошибкѣ обособляется и составляетъ проблему отдѣльнаго изысканія. Ошибка служебнаго персонала вмѣняется ему въ вину. Ошибка заинтересованныхъ постигаетъ своимъ послѣдствіемъ ихъ лично. Самая сдѣлка, разсчитанная на вещный эффектъ, остается внѣ всѣхъ этихъ потрясеній и колебаній. Она изолирована совершенно отъ проблемы возмѣщенія убытковъ между ошибавшимся и потерпѣвшимъ. Наконецъ, не въ этого только рода сдѣлкахъ, а и въ другихъ, въ сдѣлкахъ общаго права, могутъ быть условія, гдѣ пересмотръ совершившагося факта, какъ бы ни была вѣроятна ошибка, недопустимъ по непрактичности. Таковы массовые разсчеты, при производствѣ коихъ допускается *повѣрка только немедленная* произведенной операціи, о чемъ заинтересованные обыкновенно и предупреждаются (просьба повѣрять выдачу не отходя отъ мѣста).

Нельзя сказать, что ригоризмъ безповоротныхъ волеизъявленій составляетъ технику юристовъ, чуждую естественному чув-

ству права. Не трудно доказать, что невыблемость сдѣлокъ не составляетъ вовсе излюбленной темы только у юристовъ. Признаки такого строгаго, формальнаго отношенія къ дѣлу видны въ поговоркахъ, свидѣтельствующихъ о народной, а не о профессіональной мудрости въ вопросахъ этого рода.

Wer närrisch kauft muss weislich bezahlen (Hecusler, § 14, стр. 61).

Wer die Augen nicht aufthut thue den Beutel auf.

Возможна въ отдѣльныхъ трудныхъ операціяхъ *оговорка о послѣдующей повѣркѣ* сдѣланнаго волеизъявленія ближайшимъ изученіемъ подробностей *).

Но нельзя представить себѣ ничего болѣе опаснаго, чѣмъ повѣрка *уже состоявшейся юридической сдѣлки* ex post оказавшимися пороками внутренней стороны ея состава.

Современныя законодательства, особенно французское и имперское нѣмецкое, очень коротко формулируютъ сюда относящіяся правила.

Въ обоихъ кодексахъ различены случаи обмана отъ простой ошибки, не условленной ничьимъ внѣшнимъ воздѣйствіемъ на волеизъявленіе (Нѣм. Код. 123, Cod. civ. 1110, 1117). Въ обоихъ кодексахъ сдѣлки, вызванныя обманомъ, или волеизъявленія, происшедшія подъ вліяніемъ ошибки, не признаются ничтожными, а требуютъ, для признанія ихъ недѣйствительности, *предъявленія спора* противъ нихъ (С. с. 1117, Нѣм. Код. 119).

Code civ. допускаетъ уничтоженіе сдѣлки по поводу ошибки только при условіи, что ошибка касается самой сущности той вещи, которая составляетъ предметъ сдѣлки, и въ извѣстныхъ условіяхъ, тождество лица, съ коимъ контрагируютъ (1110). Надо сознаться, что это опредѣленіе свойства ошибки оставляетъ юриспруденціи очень большой просторъ для толкованія всего вопроса объ ошибкѣ на тѣхъ или другихъ раціональныхъ основаніяхъ, безъ всякаго общаго руководящаго легальнаго принципа. Въ послѣднемъ отношеніи Нѣм. Код. 96 г. много ближе подходитъ къ существу дѣла.

Прежде всего Нѣм. Код. выставляетъ очень существенный для предъявленія спора противъ сдѣлки реквизитъ, который, при общемъ 30-ти-лѣтнемъ срокѣ давности, состоитъ въ томъ, чтобы опроверженіе сдѣлки было предпринято *безъ виновнаго промедле-*

*) Различный смыслъ и сила тѣхъ оговорокъ, которыя нѣмцы, особ. въ нов. Уложеніи, называютъ Vorbehalt (reservatio) или Verwahrung (protestatio) см. у Herm. Isay, Willenserklärung, стр. 66 и слѣд., съ указаніями на литературу и статьи Уложенія.

нія, т.-е. немедленно (unverzüglich, ohne schuldhaftes Zögern). Опровергать, по art. 119, волеизъявленіе по поводу ошибки *въ его содержаніи*, котораго субъектъ сдѣлки вовсе не хотѣлъ выразить, можно только тогда, *когда слѣдуетъ допустить предположеніе, что при знаніи дѣйствительнаго положенія дѣла и при разумной оцѣнкѣ* случая субъектъ сдѣлки отнюдь въ эту сдѣлку не вошелъ бы.

То, что не входитъ въ содержаніе сдѣлки и не касается ея состава, должно остаться въ сторонѣ отъ изслѣдованія и въ спорѣ о ея дѣйствительности. Таковы воособенности *мотивы* волеизъявленія, не введенные въ составъ сдѣлки и не образующіе юридически-каузальнаго ея момента (о чемъ будетъ еще рѣчь впереди). Почитается ошибкой насчетъ содержанія сдѣлки также ошибка, которая касается такихъ свойствъ лица или вещи, которыя разсматриваются въ оборотѣ какъ существенныя для сдѣлки.

Въ этихъ условіяхъ ошибка можетъ послужить основаніемъ для инвалидаціи сдѣлки и тогда, когда она совершена посредствующимъ лицомъ или установленіемъ (120).

Потерпѣвшій отъ инвалидаціи сдѣлки вслѣдствіе ошибки, если самъ онъ вовсе не виноватъ въ этомъ исходѣ, *можетъ искать вознагражденія вреда*, который онъ вслѣдствіе этого потерпѣлъ (122).

Возможно ли сомнѣваться въ томъ, что въ этихъ статьяхъ новаго кодекса мы частью имѣемъ дѣло съ знакомыми параграфами маленькаго Виндшейда, которые возбуждали столько споровъ въ нѣмецкой юридической литературѣ послѣдняго времени? Они пристроены такъ сказать въ штатъ новаго кодекса въ качествѣ своихъ, близкихъ, заботливымъ Эннекцерусомъ, однимъ изъ послѣдователей указанной выше Willenstheorie.

Что скажутъ на это учители другого лагеря? Вотъ отвѣтъ покойнаго Оттона Бэра въ его Gegenentwurf'ѣ.

Если волеизъявленіе, которое *не соотвѣтствуетъ дѣйствительной волѣ* изъявляющаго, сдѣлано имъ ошибочно, то оно не менѣе того обязываетъ его, если оно было сдѣлано такъ, что ему именно должно быть приписано (или вмѣнено, in einer ihm zuzurechenden Weise).

Этого положенія нельзя примѣнять, *если принявшій волеизъявленіе зналъ или долженъ былъ знать ошибку.*

Оно тоже не примѣняется, если бы при удержаніи волеизъявленія въ силѣ дѣло шло только о выигрышѣ для принявшаго волеизъявленіе, а не объ имущественной его потерѣ (§ 108).

Здѣсь явно мы имѣемъ дѣло съ теоріей волеизъявленія, ко-

торую новое Уложеніе не хотѣло принять принципіально, а искало согласовать съ такъ назыв. Willenstheorie.

Но можетъ ли тотъ или другой принципъ, въ его полной исключительности, оказаться пригоднымъ для удовлетворительнаго разрѣшенія всѣхъ проблемъ, которыми изобилуетъ въ вопросахъ этого рода имущественный обмѣнъ Германіи или другой высококультурной въ экономическомъ смыслѣ страны нашего времени? Нѣтъ сомнѣнія, что сдѣлками одного стиля нельзя исчерпать всѣхъ потребностей такого обмѣна.

Дуализмъ стилей въ современной практикѣ не подлежитъ никакому сомнѣнію какъ истинно живая ея черта. Этому явленію отвѣчаетъ, какъ мы только что показали, именно *двойственность доктринъ, раздѣляющихъ нѣмецкую юриспруденцію въ этомъ вопросѣ на два лагеря.*

Есть ли смыслъ въ этихъ условіяхъ насильственно унифицировать юриспруденцію въ такомъ живомъ вопросѣ, какъ самоопредѣленіе лица въ цивильной сдѣлкѣ?

Отвѣтъ можетъ быть только отрицательный. Въ этихъ условіяхъ надо искать не единства принципа, а размежеванія сферъ примѣненія того и другого въ духѣ сдѣлки, института, системы, въ которой зарождается вопросъ. Скудное доктринерство кодекса не отвѣтитъ на эту потребность, и живая и свободная практика выбьется вновь на широкій и свободный путь дальнѣйшей детальной разработки задачи на основахъ латинскаго права, съ его богатой казуистикой и роскошной скалой то поднимающагося, то ослабляющагося *внутренняго формализма воли* въ составѣ сдѣлки по различію самого правоотношенія, которое подлежитъ ея воздѣйствію.

Нельзя предполагать, чтобъ нѣмецкая юриспруденція, въ распоряженіи коей находятся такія классическія работы, какъ ученіе Савиньи объ ошибкѣ, позднѣйшіе труды Оттона Бэра, Цительмана, Леонгарда *), обмелѣла на тѣхъ параграфахъ кодекса,

*) Въ позднѣйшей публикаціи Леонгарда (D. allgem. Theil) авторъ несомнѣнно выражаетъ желаніе быть отчисленнымъ изъ лагеря поборниковъ такъ назыв, Erklärungstheorie (стр. 464) пр. 2) и съ этимъ вмѣстѣ какъ бы переходитъ въ лагерь бывшихъ своихъ противниковъ (тамъ-же). Да, но это перечисленіе въ армію противниковъ Л. производитъ подъ условіемъ такихъ *измѣненій ихъ знамени и программы*, на которыя едва-ли они пойдутъ. Онъ собственно *отрекается* только отъ стараго термина, *отъ прозвища* Erklärungs theorie, ибо находитъ, что Wille и Erklärung не слѣдуетъ противупоставлять одно другому. Изъявленіе черпаетъ силу въ *правильно истолкованной волѣ*. Догматъ воли въ ученіи о сдѣлкѣ надо формулировать такъ, чтобъ вмѣсто содержанія воли стало *то чему воля хочетъ дать силу*. Это Geltungswille, а не Inhaltswille, т.-е. опять какъ прежде формальный моментъ впереди, не то что составило бы *истинную волю* въ матеріальномъ смыслѣ, а именно формально-эффективную волю (стр. 464). Это его, Леонгардовъ, способъ выразить согла-

которые мы только что привели. Если нѣкоторые передовые люди дѣлаютъ нынѣ видъ поклонниковъ кодекса въ любомъ вопросѣ, то это съ ихъ стороны не ошибка въ пониманіи дѣла, а скорѣе вынужденная покорность передъ совершившимся фактомъ (своего рода Zwang или Nothstand), или просто симуляція (патріотическая), къ опредѣленію коей мы скоро перейдемъ.

За этой неустраненной двойственностью строенія цивильныхъ институтовъ и соотвѣтствующимъ ей различіемъ стилей сдѣлокъ (о чемъ, кромѣ сказаннаго выше, еще далѣе, въ анализѣ содержанія сдѣлки), а также въ виду неприложимости ученія объ инвалидаціи сдѣлки, въ цѣломъ его составѣ, къ институтамъ семейнаго и наслѣдственнаго права, намъ остается далѣе свести, въ замѣнъ детальной догмы Савиньи, всѣ основы этого труднаго ученія къ слѣдующимъ общимъ руководящимъ положеніямъ:

1) Ошибка только тогда можетъ повести къ инвалидаціи сдѣлки, когда къ этому направлено требованіе (явка, искъ, возраженіе) заинтересованнаго. Теза эта имѣетъ въ своей основѣ самоопредѣленіе лица, которое характеризуетъ цивильные акты любого типа въ области гражданскихъ правоотношеній.

2) Въ требованіи, направленномъ на инвалидацію юридической сдѣлки, недостаточно доказать, что волеизъявленіе не соотвѣтствуетъ волѣ субъекта сдѣлки. Лицо можетъ оказаться въ ошибкѣ по отношенію къ его расчетамъ на извѣстный эфектъ сдѣлки. Но не всякая такая ошибка въ расчетѣ (мы разумѣемъ не одни расчеты на матеріальную выгоду) способна вліять на юридическій эфектъ волеизъявленія. Недостаточно также безспорно установить, что ищущій инвалидаціи считаетъ ошибку *для себя*, для его интересовъ *крайне важной*. Такой субъективный критерій опасенъ *для интересовъ гражданскаго обмѣна*. Необходимо въ опредѣленіи значительности ошибки имѣть въ виду *объективный масштабъ*. Это имѣетъ тотъ смыслъ, что важность ошибки устанавливается не личной оцѣнкой, а *общимъ разумнымъ основаніемъ*, на которомъ держится такая личная оцѣнка. Надо, чтобы не заинтересованный только, а всякій, по правиламъ добросовѣстнаго обмѣна, какъ это водится въ сношеніяхъ дѣловыхъ, находилъ

шеніе внутренняго и внѣшняго момента сдѣлки. Едва ли въ этомъ видѣ проблема ученія приблизится къ своему разрѣшенію. Что касается принциповъ, коихъ держится Уложеніе 96 г., то оно уклончиво обходитъ оба взаимоисключающіе принципа, оставляя вопросъ открытымъ, съ тѣмъ, конечно, результатомъ, что каждый будетъ вычитывать въ его положеніяхъ то, что найдетъ нужнымъ (464). Неудовлетворительнымъ ему кажется и состояніе доктрины, которое вызываетъ въ немъ картину vom Nebel der Miessverständnisse verdunkelten Schlachtfelde auf dem Freund und Feind versehentlich auf die eigenen Leute schiessen (462 пр. 2).

различіе между представленіемъ заинтересованнаго и дѣйствительнымъ содержаніемъ сдѣлки, составляющее послѣдствіе его ошибки, настолько важнымъ, что при наличности этого различія никто разумнымъ образомъ не вступилъ бы въ данную сдѣлку. Обыкновенно такой *объективный критерій* для опредѣленія важности ошибки будетъ налицо тогда, когда ошибка касается тожества лица, вещи, ея существенныхъ качествъ, природы сдѣлки, которой сила оспаривается. Но и это требуетъ особаго изученія въ каждомъ данномъ случаѣ. Тожество лица безспорно важно при продажѣ въ кредитъ и можетъ не имѣть никакого вѣса при продажѣ на наличныя. Тожество вещи или ея качествъ можетъ быть крайне существенно при ея покупкѣ для личнаго обладанія или пользованія и не имѣть вовсе значенія, когда вещь предназначается для евентуальнаго обезпеченія ея стоимостью кредита покупателя.

3) Извинительность или неизвинительность ошибки для силы юридической сдѣлки не играетъ также роли въ вопросѣ объ ея инвалидаціи, ибо здѣсь мы оперируемъ *не по вопросамъ вмѣненія ошибки въ вину* субъекту сдѣлки. Наши внутреннія изысканія ограничиваются опредѣленіемъ *каузальнаго момента*, отношенія ошибки къ совершенію сдѣлки какъ причины къ слѣдствію.

4) Доказыванье какъ важности (объективный критерій), такъ и каузальной связи лежитъ своей тяжестью на заинтересованномъ.

5) Въ случаяхъ ошибки, какъ и въ случаяхъ принужденія и угрозы, не любой способенъ требовать инвалидаціи сдѣлки. Это вопросъ трудный и сложный, къ коему мы вернемся въ особомъ ученіи о недѣйствительности юридической сдѣлки. Здѣсь укажемъ только на важность сдѣланной выше группировки сдѣлокъ на двѣ *категоріи, включающихъ въ своемъ составѣ принятіе* адресатомъ *или не включающихъ его въ себѣ*. Въ 1-омъ случаѣ инвалидацію способенъ предпринять тотъ, къ кому обращено волеизъявленіе, во 2-мъ—любой, кто сталъ въ виду оферты въ положеніе заинтересованнаго.

6) Успѣхъ инвалидаціи условленъ немедленностью предъявленія этого требованія.

7) Инвалидація сдѣлки по ошибкѣ заинтересованнаго не должна вести за собой убытковъ стороны неповинной въ этой ошибкѣ и необходимо допускаетъ требованіе потерпѣвшаго о возмѣщеніи ему убытковъ, связанныхъ для него съ инвалидаціей сдѣлки.

Болѣе или менѣе удачно формулированныя эти положенія могутъ быть извлечены изъ дѣйствующаго имперскаго граждан-

скаго Уложенія (ст. 119 — 122). Нѣкоторые писатели (напр. Эндеманъ) находятъ въ немъ даже счастливое примиреніе двухъ противуположныхъ доктринъ, раздѣлявшихъ нѣмецкихъ цивилистовъ въ ученіи о сдѣлкѣ на два лагеря. Другіе (напр. Леонгардъ *) не раздѣляютъ этого оптимизма. Несомнѣнно, острота старыхъ контроверзъ значительно сгладилась, но едва ли оттого, что найдено среднее теченіе, и не оттого ли скорѣе, что интересъ разработки принциповъ уступилъ для практики мѣсто задачамъ изученія и разработки *отдѣльныхъ статей* новаго кодекса. Такъ ли онѣ, однако, удачно формулированы, чтобъ ученые ихъ толкователи приходили къ согласному пониманію и примѣненію ихъ въ спорныхъ практическихъ вопросахъ? Отъ этого очень далеко... Вотъ одинъ изъ образцовъ интерпретаціи виднѣйшихъ толкователей статей кодекса. А нанялъ, согласно буквѣ его волеизъявленія, домъ № 13, принявъ нумеръ дома ошибочно за 15-й, но въ виду злосчастнаго числа (13), на которое онъ во время не обратилъ должнаго вниманія, требуетъ инвалидаціи сдѣлки. Его притязанія не находятъ правильнымъ, ибо нѣтъ резона считаться съ предразсудками. Однако, если онъ сошлется на вредъ, который это обстоятельство причиняетъ его нервно-больной женѣ, которая числа 13 на домѣ вовсе не въ силахъ вынести, то профессоръ Hölder, Cosack и друг., находятъ это достаточнымъ для инвалидаціи сдѣлки. Иначе думаетъ Эндеманъ и онъ несомнѣнно найдетъ много единомышленниковъ, по тому основанію, что одно указаніе на мотивъ инвалидаціи, не вошедшій въ содержаніе сдѣлки (вредъ для нервно-больного, когда дѣло идетъ не о помѣщеніи для подобныхъ больныхъ), недостаточно для этой цѣли **).

Что же даетъ намъ Проектъ Гражданск. Уложенія для этого труднаго и почти новаго въ этомъ общемъ видѣ понятія объ ошибкѣ и ея вліяній на эфектъ волеизъявленія?

Въ Общихъ положеніяхъ Проектъ ограничивается слѣдующимъ: сдѣлка можетъ быть оспорена какъ недѣйствительная, когда изъявленіе воли лица, совершившаго сдѣлку, послѣдовало подъ вліяніемъ.... существенной ошибки.... и не послѣдовало бы, если бы этой причины не существовало (ст. 60, мѣста статьи опущенныя или отмѣченныя точками указываютъ на тоже послѣд-

*) См. примѣч. выше, а также Дернбургъ D. bürg. GB., I B., стр. 430, III.

**) Lehrbuch I B. стр. 348 и 349 примѣч. 19. Случай ошибки нанимателя въ обозначеніи этажа (у насъ и въ Норвегіи 1-ый этажъ есть то, что на Западѣ parterre, а ихъ 1-ый этажъ есть нашъ 2-ой), когда помѣщеніе взято именно для торговаго заведенія съ окномъ для выставки товара на улицу, можетъ натурально дать основаніе для инвалидаціи, если цѣль найма видна въ контрактѣ.

ствіе для случаевъ принужденія, обмана). Ошибка признается существенною, когда она касается тождества или существенныхъ качествъ предмета сдѣлки, и тождества лица, если волеизъявляющій имѣлъ въ виду опредѣленное лицо. Ошибка въ побудительной причинѣ къ совершенію сдѣлки не служитъ основаніемъ къ (? для) признанію сдѣлки недѣйствительной (ср. ст. 62, немного сокращенная здѣсь).

Это тоже въ принципѣ, что въ Имперск. Уложеніи 1896 г., въ указанной выше ст. 119 этого Уложенія. Опущенъ, къ сожалѣнію, очень важный *объективный* критерій, данный суду въ руководство въ ст. 119 для опредѣленія *существенности* ошибки. Irrthum über den Inhalt есть ошибка въ *свойствахъ* (я думаю, Eigenschaft будетъ точнѣе передать этимъ словомъ, а не *качествомъ*) лица или вещи, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden, которыя *въ гражданскомъ обмѣнѣ* разсматриваются какъ существенныя.

Изъ сопоставленія со сказаннымъ выше легко придти къ заключенію, какъ это все, при вѣрности (въ подлинникѣ, т.-е. въ Нѣмецк. Уложеніи) принциповъ, скудно *) для руководства практики въ трудной проблемѣ инвалидаціи сдѣлки, совершенной по ошибкѣ.

---

*) Въ нашемъ Проектѣ въ Положеніяхъ общихъ эта скудость касается не одного этого вопроса, а всего раздѣла III, посвященнаго юридической сдѣлкѣ, для котораго литературное движеніе нѣмецкой юриспруденціи оказалось наиболѣе плодотворнымъ быть можетъ во всемъ составѣ кодекса. Надо, позволю себѣ сказать, быть почти безсердечнымъ, чтобы представить это ученіе русской публикѣ въ такомъ ощипанномъ видѣ, въ какомъ мы его находимъ въ нашемъ Проектѣ. Объяснительное къ кн. 1-ой приложеніе, стр. 188, разсказываетъ намъ о нѣкоторыхъ перипетіяхъ въ исторіи разработки Проекта. Въ 1897 г. предположено было закончить впередъ книгу V, Обязательства, проектъ коей и имѣлъ быть внесенъ *на уваженіе Государственнаго Совѣта особо отъ другихъ частей* къ 1 января 1900 г. И вотъ, для округленія этой 5-ой книги, въ нее и было внесено многое изъ того что входитъ теперь обыкновенно въ составъ Общей части. Въ настоящее время, когда предположеніе 1897 года, надо думать, не состоялось, эти части вносятся опять въ Общую часть. Это и видно въ положеніяхъ объ ошибкѣ, гдѣ вмѣсто правилъ *для договоровъ* тѣже статьи формулируются *для сдѣлокъ вообще*. Но это не объясняетъ ни скудости ученія о сдѣлкѣ вообще, ни тѣмъ менѣе крайне слабаго развитія Общихъ положеній *въ цѣломъ ихъ составѣ* въ нашемъ проектѣ. Весь распорядокъ матеріи въ пяти книгахъ проекта такой странный, что неожиданностью расширѣленія предметовъ напоминаетъ квартиру по уходѣ полотеровъ. Надо полдня времени чтобъ разобраться, гдѣ что найти и куда что поставить. Въ 1-ой книгѣ есть статьи *о лицахъ*, но можно сказать, безъ начала и безъ конца этого важнаго ученія. У французовъ акты гражд. состоянія связаны съ институтами семейнаго права (livre I, titre I—XI), потому что ихъ Code не знаетъ Общей части. Мы эту Общую часть, какъ ни какъ, соорудили. Но гдѣ же начало и конецъ личности? Гдѣ акты Гражданскаго состоянія? Здѣсь, сейчасъ, на 1-омъ планѣ, какъ у французовъ, кн. 1-ая, des personnes, тит. 2-ой—actes de l'état civil? Не тутъ-то было. У насъ это кн. 2-ая, Семейственное право, разд. V, ст. 585 — Акты Гражд. состоянія. У нѣмцевъ ученіе о лицахъ, въ составѣ Общей части, живое и

§ 50.

III. Содержаніе волеизъявленія. — Волеизъявленіе и составъ института. — Содержаніе юридической сдѣлки и юридическаго института въ ихъ историческомъ взаимодѣйствіи. — Встрѣчныя ученія по вопросу о причинѣ, вызывающей эфектъ сдѣлки. — Повѣрка ученія Виндшейда на примѣрѣ. — Ошибка въ правѣ.—Требованія Code civil и дѣйствующаго Свода для предотвращенія ошибокъ. — Общія требованія относительно содержанія сдѣлки. § 138 Нѣм. Гр. Ул. 96 г.

Мы установили выше (§ 45) понятіе юридической сдѣлки и разсмотрѣли два существенные реквизита волеизъявленія, въ ней выраженнаго. Для силы сдѣлки необходима I гражданская дѣеспособность лица (§ 46) и II нуженъ, выражаясь словами нашего кодекса, непринужденный произволъ и согласіе (стт. 700 и 701).

Этотъ послѣдній реквизитъ (II) составляетъ необходимое *свойство* волеизъявленій, направленныхъ на измѣненіе юридическихъ отношеній.

Мы пытались выше установить юридическій смыслъ этихъ свойствъ волеизъявленія и пришли, въ связи съ ученіемъ о принужденіи и ошибкѣ, къ заключенію, что наличность извѣстныхъ пороковъ волеизъявленія не влечетъ за собою необходимо и всегда ничтожества сдѣлки. Понятія принужденія и ошибки введены дѣйствующими системами въ границы настолько точныя, что далеко не вездѣ, гдѣ, въ *естественномъ смыслѣ*, могли бы быть указаны признаки несвободы или ошибки, непосредственно за симъ должна слѣдовать инвалидація сдѣлки. Право вовсе не ставитъ себѣ единственной цѣлью *огражденіе дѣеспособныхъ лицъ* отъ возможныхъ воздѣйствій на ихъ волю со стороны и страхованіе ихъ отъ ошибокъ. Наоборотъ, по соображеніямъ высшаго *общественнаго интереса*, волеизъявленія ошибочныя и вынуж-

---

законченное, въ Code civil это цѣльная картина, исполненная силы и движенія. Неужели же можно на уваженіе Государственнаго Совѣта или хотя бы даже просто почтеннѣйшей публики предлагать такую работу, спутанную, разрозненную, урѣзанную, кастрированную даже (дѣеспособность выброшена, акты гражданскаго состоянія загнаны въ какой-то тупикъ), какую даетъ проектъ 1-ой книги?! Тутъ въ толкъ не возьмешъ дѣла, не найдешся въ главнѣйшихъ матеріяхъ, не говоря уже о цѣльности ученія, о впечатлѣніи жизненности его и законченности. Для насъ не только ученіе о сдѣлкѣ, но и весь планъ и вся разработка 1-ой книги остается непонятной. Какъ могло случиться, что вмѣсто публично заявленныхъ покойнымъ предсѣдателемъ редакц. коммис. *296 статей для Общей части уже тогда*, въ этомъ составѣ, *изготовленной* (см. Чтенія т. I стр. 244 прим., по IV изд.), 9 лѣтъ спустя, въ 1903 году мы получаемъ ощипанный проектъ изъ 124 статей, въ общемъ краткихъ, отчасти уже повторныхъ и все же не дающихъ ничего цѣльнаго?

денныя остаются, въ извѣстныхъ предѣлахъ, эфективными, хотя бы съ этимъ связаны были невыгоды и неудобства для субъекта сдѣлки.

Эту переработку естественныхъ *свойствъ* волеизъявленія для цѣлей юридическихъ мы назвали *внутреннимъ формализмомъ воли* въ составѣ юридической сдѣлки.

Изучая природу сдѣлки, мы не можемъ остановиться и на этой только сторонѣ ея строенія, свойствѣ волеизъявленія. Намъ необходимо, на ряду съ этимъ, разсмотрѣть здѣсь же и третій необходимый общій элементъ строенія юридической сдѣлки, — именно:

III. *Содержаніе или составъ волеизъявленія.* Волеизъявленіе безъ опредѣленнаго *въ юридическомъ смыслѣ* состава, безъ извѣстнаго содержанія не дастъ въ результатѣ юридическаго строенія сдѣлки. Волеизъявленіе можетъ быть сдѣлано дѣеспособнымъ, безъ всякаго вліянія на него со стороны, безъ всякой ошибки у самого субъекта сдѣлки и не произвести никакого юридическаго эфекта, или произвести вовсе не тотъ эфектъ, на который волеизъявленіе было разсчитано.

Выше (стр. 690) мы указали, что волеизъявленіе должно быть направлено на измѣненіе правоотношеній не въ безразличной, такъ сказать, средѣ, а именно *въ составѣ того или другого юридическаго института.* Изъявляя волю я, въ смыслѣ цивильномъ, достигаю измѣненія *правоотношеній*, но именно только правоотношеній, и отнюдь не болѣе, не измѣненія, напр., самого института, къ сферѣ коего данное правоотношеніе принадлежитъ.

Эфектъ волеизъявленія достигается, такимъ образомъ, въ составѣ сдѣлки вліяніемъ двухъ равнодѣйствующихъ, акта моей воли, съ одной стороны, и, съ другой, того содержанія, какимъ опредѣляется составъ соотвѣтствующаго института. Это взаимодѣйствіе будетъ имѣть всегда мѣсто, *если составъ даннаго института есть опредѣлившійся*, установившійся. Натурально, это будетъ иначе въ такихъ условіяхъ, когда институтъ есть еще *только вырабатывающійся.* Въ этихъ условіяхъ будетъ необходимо ввести въ *составъ самого волеизъявленія* такія подробности, отсутствіе коихъ, при невыработанности института, могло бы лишить сдѣлку необходимой для ея юридическаго эфекта опредѣленности. Объяснимся на примѣрѣ. Мы сказали выше, что нельзя сдѣлать эфективнаго волеизъявленія безъ *юридически* опредѣленнаго содержанія. И такъ, я изъявляю желаніе *пріобрѣсти* такой-то домъ. Достаточно ли такихъ элементовъ волеизъявленія, чтобъ ими опредѣлилось въ должной мѣрѣ содержаніе юридиче-

ской сдѣлки? Натурально нѣтъ, ибо, во-1-хъ, пріобрѣтеніе дома можетъ быть достигнуто и вовсе не юридическими средствами; а затѣмъ, *внутри дозволенныхъ способовъ* пріобрѣтенія, мы требуемъ для юридическаго ихъ эфекта такой опредѣленности содержанія, какой не представляетъ взятая нами формула. Такого рода волеизъявленіе можетъ послужить исходной точкой для предварительныхъ переговоровъ о пріобрѣтеніи дома, но для формулировки юридической сдѣлки оно недостаточно.

Если способы пріобрѣтенія правъ по имуществамъ въ данной системѣ дѣлятся на возмездные и безмездные, то будетъ ли достаточно опредѣленнымъ мое волеизъявленіе *со стороны его содержанія*, если я прибавлю, что я хочу пріобрѣсти такой-то домъ возмезднымъ способомъ, куплей, за такую-то цѣну?

Отвѣтъ будетъ натурально зависѣть отъ того, насколько опредѣлилось понятіе купли въ данной системѣ и какой юридическій эфектъ вызываетъ пріобрѣтеніе куплей недвижимости для пріобрѣтателя. Въ избранномъ нами примѣрѣ самый объектъ сдѣлки недостаточно опредѣленъ въ юридическомъ смыслѣ понятіемъ *купли дома*. Это можетъ быть куплею недвижимости, но можетъ дать содержаніе и совсѣмъ иного рода сдѣлкѣ, *купли дома или строенія на своз*. А засимъ, подъ куплей недвижимости въ старой нашей практикѣ (см. А. Ю. рядъ Новгородскихъ купчихъ подъ № 71 отъ I до XXXVII) вовсе не разумѣлось необходимо акта возмезднаго отчужденія вещи *безповоротно*, въ вѣчную и потомственную собственность пріобрѣтателя. Проданная земля, домъ, нормальнымъ образомъ, подлежали *выкупу* продавца. Чтобъ установить переходъ права собственности навсегда, потомственно, безповоротно, надо было *ввести въ составъ сдѣлки особую квалификацію* пріобрѣтенія, *въ прожъ, въ вѣкъ, въ дерн, себѣ и дѣтямъ, безъ выкупа*.

Это свойство *купли въ вѣкъ, себѣ и дѣтямъ*, изъ нормальнаго состава *сдѣлки* перешло въ нормальное содержаніе самого *института* купли-продажи вещей въ позднѣйшемъ и современномъ правѣ. Продавецъ, который хотѣлъ бы оставить за собой право выкупа проданной вещи, долженъ въ новыхъ условіяхъ *особенно выговорить* въ свою пользу такую льготу, ибо нынѣ никто безъ этой оговорки не поймет и не истолкуетъ волеизъявленія *продать*, иначе какъ въ смыслѣ отчужденія *безмѣтно и безповоротно*, по выраженію Уложенія Царя А. М., покупщику права собственности на данную недвижимость. Исключеніе будутъ составлять только опредѣленные виды недвижимостей, напр., въ нашемъ правѣ имущества родовыя.

Такимъ образомъ, содержаніе сдѣлки купли-продажи недвижимости опредѣляется въ практикѣ нашего времени не перечетомъ всѣхъ специфическихъ признаковъ волеизъявленія въ составѣ сдѣлки, а, во-первыхъ, составомъ волеизъявленія, и, во-вторыхъ, содержаніемъ совершенно, такъ сказать, *объективировавшагося* нынѣ института купли-продажи недвижимостей. Къ этому *объективному*, типически опредѣлившемуся составу волеизъявленія данной сдѣлки могутъ опять привходить тѣ или другія усмотрѣніемъ сторонъ внесенныя, *субъективныя*, въ этомъ смыслѣ, моменты состава волеизъявленія, которые такъ или иначе модифицируютъ направленіе волеизъявленія и юридическій эфектъ сдѣлки.

Изъ сказаннаго ясно, что нѣкоторые элементы строенія института вырабатываются, *въ смыслѣ историческомъ*, подъ прямымъ и непосредственнымъ воздѣйствіемъ волеизъявленій, какъ они нормально практикуются. Этой исторической стороны вопроса мы не будемъ больше касаться. Такой процессъ выработки содержанія гражданскихъ институтовъ изъ состава сдѣлокъ легко наблюдать на любомъ ихъ видѣ, на правѣ договорномъ, на залогѣ, на завѣщаніяхъ и проч.

Для насъ здѣсь, по вопросу о *содержаніи* волеизъявленія, будетъ любопытнѣе остановиться на сравнительномъ сопоставленіи исторически уже опредѣлившагося содержанія одного и того же института въ двухъ разныхъ системахъ. Для примѣра мы возьмемъ куплю-продажу движимостей въ латинскомъ и нашемъ правѣ. Степень разработки этого института въ той и другой системѣ покажетъ намъ, въ какихъ предѣлахъ можетъ колебаться неизвѣстность содержанія сдѣлокъ однородныхъ въ двухъ разныхъ системахъ.

Я продаю движимость покупщику N. Извѣстно, что для перехода права собственности на вещь въ латинскомъ и нашемъ правѣ необходима передача (традиція) покупщику проданной вещи. Когда совершенъ договоръ купли-продажи, то, при дѣйствіи латинскаго института, содержаніе сдѣлки будетъ истолковано въ томъ смыслѣ, что на покупателя, съ момента договора, перейдутъ всѣ плоды и приращенія вещи (commoda rei), но вмѣстѣ съ этимъ на него ляжетъ и такъ назыв. periculum interitus et deteriorationis. Мы беремъ только эту сторону вопроса. И такъ, чего хочетъ пріобрѣтатель, совершая эту сдѣлку, это ясно изъ его волеизъявленія и изъ состава института. Онъ хочетъ передачи ему вещи; а до передачи несетъ на себѣ рискъ ухудшенія или гибели вещи и вмѣстѣ пріобрѣтаетъ всѣ выгоды ея доходности и приращеній съ момента заключенія договора. Откуда

мы раскрыли все это содержаніе сдѣлки? Изъ волеизъявленія пріобрѣтателя въ составѣ опредѣлившагося *латинскаго* института купли-продажи.

Дастъ ли намъ такое же волеизъявленіе эту мѣру опредѣленности содержанія сдѣлки, въ составѣ нашей дѣйствующей системы, т. X, ч. I? Далеко нѣтъ! За исключеніемъ вопроса о повышеніи цѣны проданной, но не переданной вещи, о коемъ трактуетъ ст. 1513, другихъ эвентуальностей за этотъ промежутокъ времени наше законодательство не разъясняетъ вовсе. Въ виду этого было бы несомнѣнно полезно предусматривать всякій разъ особо эти эвентуальности *въ составѣ самого волеизъявленія*.

Вотъ что мы хотѣли сказать, утверждая выше, что содержаніе сдѣлки опредѣляется при помощи двухъ равнодѣйствующихъ, *волеизъявленія лица и состава даннаго института*.

Вопросъ о томъ, *что собственно вліяетъ на измѣненіе правоотношенія*, когда на такое измѣненіе направлена юридическая сдѣлка, принадлежитъ къ числу крайне спорныхъ въ современной цивилистической нѣмецкой литературѣ. Есть рядъ писателей, которые объясняютъ эффектъ сдѣлки *дѣйствіемъ волеизъявленія*.

Causa efficiens перемѣнъ лежитъ именно въ направленной къ этой цѣли волѣ лица совершившаго сдѣлку.

Практическій смыслъ этого ученія былъ бы тотъ, что то, чего я *не хочу*, что *не входитъ въ содержаніе моего волеизъявленія*, то не войдетъ въ составъ сдѣлки и не будетъ имѣть юридическаго дѣйствія. Такой взглядъ находимъ изъ виднѣйшихъ писателей у Виндштейда (Pand. § 69 пр. 1a) *).

Убѣдиться въ односторонности этого ученія кажется намъ далеко не труднымъ. Люди, совершая акты юридическіе, далеко, конечно, не всегда представляютъ себѣ *вполнѣ юридическій эффектъ* своихъ волеизъявленій. Но все же обыкновенно они имѣютъ въ виду, такъ сказать, „эмпирическій“ (Bechmann) результатъ выраженной ими воли именно въ области права. Регельсбергеръ хорошо выражаетъ то же, говоря, что, совершая сдѣлку, мы принимаемъ обыкновенно *все содержаніе института*, не изучая его на дѣлѣ, а допуская, что общая норма всегда болѣе или менѣе удобопріемлема.

Значитъ ли, однако, что именно только тѣмъ, что *мы себѣ представляемъ*, и долженъ ограничиваться эффектъ юридической сдѣлки? Такая мысль была бы несомнѣнно ошибочной. Поэтому

*) Die Rechtsordnung lässt die Rechtswirkung desswegen eintreten, weil sie von dem Urheber des Rechtsgeschäftes gewollt ist.

реакція противъ указаннаго ученія Виндшейда совершенно понятна. Писатели другого направленія, однако, вмѣсто того чтобъ сдѣлать поправку ученія Виндшейда, идутъ гораздо дальше цѣли и утверждаютъ, что дѣйствіе сдѣлки зависитъ *вовсе не отъ содержанія волеизъявленія*, а *всецѣло отъ состава* даннаго *института*. Юридическій эффектъ сдѣлки ставятъ, такимъ образомъ, въ исключительную зависимость отъ объективной нормы, отъ закона. Къ этому кругу писателей принадлежатъ, между прочимъ, Лотмаръ, Шлосманъ, Бехманъ, мнѣнія коихъ тоже далеко не одинаковы (см. Enneccerus Rechtsgeschäft, стр. 18 и слѣд.).

Выше мы пытались въ нашей конструкціи объяснить силу сдѣлки *сочетаніемъ момента воли съ содержаніемъ института* *). Это общее положеніе, котораго *весь смыслъ* можетъ быть уясненъ лишь при изложеніи конкретнаго содержанія сдѣлокъ разнаго типа, обращенныхъ къ тому или другому институту данной системы.

Однако, въ общемъ смыслѣ нашу мысль мы можемъ здѣсь же пояснить примѣромъ. Возьмемъ институтъ наслѣдованія умершему. Допустимъ, что въ составѣ этого института въ данной системѣ удержались явные слѣды стараго взгляда на обязанность наслѣдника *очищать душу умершаго наслѣдодателя* отъ лежащихъ на ней тягостей. На этой основѣ выработалось положеніе, что принявшій наслѣдство отвѣчаетъ за долги наслѣдственной массы ultra vires. Пусть въ данномъ случаѣ принявшій наслѣдованіе не только не знаетъ соотвѣтствующихъ статей дѣйствующаго законодательства (у насъ это ст. 1259, т. X, ч. I), но и вообще очень далекъ отъ подобныхъ „устарѣвшихъ“ воззрѣній. Возможно ли ограничить составъ акта приступа къ наслѣдству тѣмъ только содержаніемъ, которое доступно разумѣнію наслѣдника, т.-е. одними стяжаніями, допуская, что онъ остального дѣйствительно не зналъ?

Это вопросъ *о невѣдѣніи или ошибкѣ* не по отношенію къ содержанію сдѣлки, выраженному въ самомъ волеизъявленіи, а *по отношенію къ нормамъ закона*. Извѣстно, что наше законодательство, какъ и многія другія, не допускаетъ отговорокъ, основанныхъ на невѣдѣніи закона, когда онъ былъ обнародованъ установленнымъ порядкомъ (ст. 62 Осн. Зак.). Этотъ общій принципъ не исключаетъ, однако, возможности ошибки или незнанія существенныхъ элементовъ строенія какого-либо института гра-

*) Эндеманъ выражаетъ эту мысль такъ: стороны создаютъ *фактическій составъ сдѣлки*, и только его; правопорядокъ создаетъ *юридическія послѣдствія*, и только ихъ (Lehrbuch, I, изд. 8-е, стр. 288 прим.).

жданскаго права или же неправильнаго и ошибочнаго его разумѣнія. Ошибка или незнаніе *въ вопросахъ права* составляетъ предметъ особой разработки въ классической литературѣ. Какъ извѣстно, въ общемъ латинское право считало ошибку въ фактѣ извинительной, ошибку въ правѣ неизвинительной. Нѣтъ, однако, сомнѣнія, что въ отдѣльныхъ случаяхъ результатъ можетъ быть обратный, т.-е., что ошибка въ правѣ именно окажется извинительной. Это можетъ условливаться трудностью въ данномъ вопросѣ найти вполнѣ несомнѣнный выходъ изъ спорныхъ мнѣній *), а затѣмъ и личными свойствами заблуждающагося (у римлянъ — женщинамъ, когда дѣло шло не о выгодѣ, а объ убыткѣ, воинамъ, простолюдинамъ, ошибка въ правѣ, какъ извѣстно, не всегда вмѣнялась). При этомъ по общему правилу, лицо, ищущее экскульпировать свою ошибку, обязано доказать не только ея наличность, но и извинительность ея для него **).

Въ интересахъ незыблемости юридическихъ сдѣлокъ было бы натурально весьма важно искать заранѣе увѣренности, что лицо, совершающее ее, ясно представляетъ себѣ все юридическое содержаніе ***) совершаемой имъ сдѣлки. Выполнить, однако, это въ области гражданскихъ правоотношеній, не стѣсняя свободы и легкости обмѣна, дѣло до крайности трудное. И такъ, возможность *ошибокъ въ правѣ* и трудность ихъ поправокъ ложится обыкновенно своей тяжестью на совершающихъ сдѣлки. Только въ отдѣльныхъ случаяхъ законъ предусматриваетъ необходимость особой увѣренности въ томъ, что лица, вступающія въ сдѣлку, знаютъ все, къ чему ихъ обязываетъ по закону ихъ волеизъявленіе. Французскій кодексъ предписываетъ въ самый день вступленія въ союзъ супружескій прочтеніе, черезъ officier de l'état civil сторонамъ (т.-е. брачущимся), въ мѣстѣ, гдѣ совершается обрядъ гражданскаго бракосочетанія, въ присутствіи четырехъ свидѣтелей, всѣхъ документовъ, касающихся ихъ гражданскаго состоянія и обрядностей совершенія брака, и *шестой главы титула кодекса „О супружествѣ“* (это 5-ый тит. 1-ой кн.) *„О взаимныхъ правахъ и обязанностяхъ супруговъ“*, послѣ чего officier de l'état civil выслушиваетъ волеизъявленіе сторонъ вступить въ супружество и именемъ закона объявляетъ бракосоче-

*) Savigny, System III, стр. 336 и слѣд.

**) Для французской литературы см. сочиненіе Vareilles-Sommières Etude sur l'erreur en droit romain et en droit français.

***) Имперскій нѣмецкій кодексъ сопоставляетъ реквизитъ дѣйствительнаго знанія (Kennen) и обязательнаго знанія (Kennenmüssen) какъ равнозначущіе моменты въ составѣ сдѣлки (artt. 122, 166).

таніе совершившимся, о чемъ тутъ же составляется надлежащій актъ (art. 75).

Въ этомъ образцѣ какъ нельзя лучше видны всѣ моменты сдѣлки: 1) дѣеспособность, 2) матримоніальное волеизъявленіе, 3) ясность изъ состава указаннаго титула всего содержанія принятыхъ на себя сторонами взаимныхъ правъ и обязанностей, 4) обрядовая сторона.

Наше законодательство требуетъ, при совершеніи юридическихъ сдѣлокъ съ соучастіемъ нотаріуса, чтобы послѣдній допросилъ участвующихъ въ актѣ, дѣйствительно ли они по доброй волѣ желаютъ его совершить и *понимаютъ ли его смыслъ и значеніе* (Пол. о нотар. части ст. 89). Старое *общее и подробное наставленіе* (надсмотрщикамъ) *о совершеніи и свидѣтельствованіи* актовъ требовало, чтобъ содѣйствующіе публичные органы *предостерегали простыхъ людей отъ такихъ распоряженій которыя впослѣдствіи могли бы служить къ ихъ ущербу* (т. X, ч. I, прил. къ ст. 708 ст. 63). Послѣднее постановленіе взято изъ петровской инструкціи надсмотрщикамъ 1719 года и въ составѣ теперь дѣйствующаго свода вовсе не разработано въ ближайшемъ его примѣненіи къ цивильнымъ послѣдствіямъ сдѣлокъ, совершаемыхъ *людьми простыми* нерѣдко, конечно, къ прямому ихъ ущербу.

Если мы беремъ, такимъ образомъ, волеизъявленіе въ составѣ сдѣлки въ прямой связи его съ тѣмъ или другимъ гражданскимъ институтомъ, то намъ нѣтъ надобности особенно указывать, что содержаніе волеизъявленія не должно быть противнымъ закону, безнравственнымъ, невозможнымъ въ смыслѣ его выполненія. Это само собою разумѣется. Законодательство наше, однако, не разъ возвращается къ позитивному опредѣленію состава и содержанія сдѣлки именно съ этой стороны. Публичные органы, содѣйствующіе совершенію актовъ, обязаны наблюдать, чтобы въ условіяхъ не было допускаемо *распоряженій противозаконныхъ* (указ. ст. 63 п. 1) и ябедническихъ вымысловъ (тамъ же, п. 2, ст. 63 исключ. въ изд. 1900 г.); тоже точнѣе въ ст. 90 Полож. о нотаріальной части, гдѣ предусмотрѣно содержаніе актовъ „противныхъ законамъ, ограждающимъ порядокъ управленія, общественную нравственность и честь частныхъ лицъ“.

Нѣмецкое Гражданское Улож. 96 г. идетъ много далѣе въ общихъ легальныхъ опредѣленіяхъ, касающихся содержанія юридическихъ сдѣлокъ. § 138 установляетъ ничтожество юридической *сдѣлки, противной добрымъ нравамъ*, а затѣмъ опредѣляетъ: ничтожна въ особенности та юридическая сдѣлка, *посредствомъ*

коей кто-либо, эксплуатируя крайность, легкомысліе, неопытность другого, выговариваетъ себѣ или третьему выгоды, явно несоотвѣтствующія дѣйствіямъ, за которыя онѣ обѣщаны и стоимость которыхъ онѣ очевидно превосходятъ. Общія Положенія нашего Проекта признаютъ недѣйствительность сдѣлки противной закону, добрымъ нравамъ и общественному порядку (ст. 88 и 89). Ст. 138 Германск. Улож. гораздо содержательнѣе. Объ этихъ статьяхъ и выраженныхъ въ нихъ принципахъ мы будемъ имѣть случай говорить въ ученіи о толкованіи юридической сдѣлки. Примѣненіе этихъ принциповъ въ практикѣ суда составляетъ наиболѣе важную и трудную сторону дѣлъ.

Статья 138 Нѣм. Улож. составляетъ несомнѣнно обобщеніе легальныхъ мѣръ, которыя въ послѣднія три десятилѣтія очень заботили законодательство австрійское, прусское, французское, отечественное, англійское даже, и направлялись противъ крайнихъ консеквенцій либеральныхъ экономическихъ доктринъ въ вопросахъ о высотѣ роста, тяжкихъ неустойкахъ и штрафахъ, подъ гнетомъ коихъ страдали особенно массы людей рабочаго класса заслуживающаго лучшей участи.

Выполненіе благородной задачи, натурально, тѣмъ труднѣе, чѣмъ шире указанная фермула захватываетъ всѣ стороны гражданскаго обмѣна въ общемъ понятіи юридической сдѣлки. Однако, только именно въ этомъ широкомъ примѣненіи, а не въ частностяхъ, можетъ найти себѣ удовлетвореніе чувство справедливости. Статья закона способна, конечно, указать лишь цѣль, къ которой надлежитъ идти въ этомъ дѣлѣ, и только продолжительное и настойчивое преслѣдованіе этой цѣли *здравой практикой* приблизитъ нашу дѣйствительность къ этимъ pia desideria современнаго законодателя.

§ 51.

III. Содержаніе юридической сдѣлки (продолженіе).—Группировка сдѣлокъ по различію содержанія.—Неюридическій критерій нѣкоторыхъ группировокъ.—Сдѣлки абстрактныя и матеріальныя.—Общія замѣчанія.—*Вовсе ничего незначущія рѣчи.—Естественныя* побужденія (мотивъ) волеизъявленія.—Каузальность юридическая.—Разработка вопроса въ нѣмецкой литературѣ.—Условіе.—Абстрактныя (подвижныя) сдѣлки.

По различію содержанія юридическихъ сдѣлокъ ихъ издавна располагаютъ въ различныя группы. Съ этой точки зрѣнія мы имѣемъ весьма распространенныя категоріи сдѣлокъ inter vivos и mortis causa, сдѣлокъ возмездныхъ и дарственныхъ, односто-

ронних и обоюдных, съ разновидностями *строенія*, указанными выше (стр. 692), главныхъ, придаточныхъ, условныхъ, срочныхъ и проч. Элементы, изъ коихъ слагается содержаніе юридическихъ сдѣлокъ, принято квалифицировать какъ существенные, нормальные, случайные *). Нѣкоторые пандектисты, по схоластической традиціи, ведутъ этотъ анализъ состава сдѣлокъ еще много дальше. Нѣтъ сомнѣнія, что, по разнымъ соображеніямъ, дистинкціи и сочетанія, основанныя на содержаніи сдѣлокъ, можно сдѣлать очень обильными и крайне развѣтвленными. Мы вовсе не будемъ разсматривать всѣхъ этихъ расчлененій и остановимся лишь на нѣкоторыхъ, особенно близкихъ къ нашей системѣ, чтобы уяснить себѣ, къ чему собственно ведутъ такія группировки въ смыслѣ общихъ юридическихъ проблемъ.

Насъ интересуетъ именно эта сторона дѣла.

Нѣкоторыя изъ указанныхъ нами выше категорій сдѣлокъ служатъ основой для распредѣленія юридическаго матеріала въ составѣ кодифицированныхъ системъ. Этотъ пріемъ виденъ частью уже въ юстиніановской кодификаціи. Изъ современныхъ кодексовъ его можно отмѣтить въ Code civil, особенно въ третьей книгѣ, Des différentes manières dont on acquiert la propriété (art. 711, 1102—1106). Нашъ т. X ч. 1 книги второй раздѣлъ III (о порядкѣ пріобрѣтенія и укрѣпленія правъ *вообще*) не останавливается на этихъ группировкахъ. Но книга третья и четвертая расположены именно по этому критерію. Въ книгѣ 3-й мы имѣемъ соотвѣтствующій титулу 2-ому книги 3-ьей code civil (des donations entre vifs et des testaments, art. 893—1100) раздѣлъ первый, трактующій о *дарственномъ* или безмездномъ пріобрѣтеніи правъ на имущество. Сюда входятъ: пожалованіе, *дареніе*, выдѣлъ, приданое, *духовное завѣщаніе*. Раздѣлъ 3-ій даетъ намъ не противуположеніе группы *дарственныхъ* способовъ группѣ возмездныхъ, какъ можно было ожидать, а *порядокъ обоюднаго пріобрѣтенія* правъ на имущества, куда включена купля и мѣна, но не другіе виды договорныхъ обязательствъ, для которыхъ, по особымъ основаніямъ (о чемъ позже), наша кодификація резервировала четвертую книгу.

Всмотрѣвшись ближе въ эти пріемы анализа сдѣлокъ по различію ихъ содержанія, мы легко замѣтимъ, что въ нихъ далеко не первое мѣсто принадлежитъ *собственно юридическимъ* основамъ конструкціи. Сдѣлки дарственныя и тестаментарныя съ извѣст-

*) Противъ весьма распространеннаго расчлененія состава сдѣлки на essentialia, naturalia, accidentalia negotii см. особ. Bekker. System d. heut. Pandekt. rechts. II 97 Beil III.

ной точки зрѣнія, конечно, могутъ быть связаны въ одну категорію, но эта связь чисто матеріальная, черта выгоды, стяжанія, видная и тутъ и тамъ, а вовсе не общая конструктивная юридическая основа двухъ названныхъ видовъ сдѣлокъ, даренія и тестамента. Точно также только *экономическая* точка зрѣнія подскажетъ намъ сочетаніе въ одну категорію сдѣлокъ дачу приданаго, пожалованіе, пожертвованіе. Именно юридическая сторона дѣла здѣсь далеко не на первомъ планѣ.

Нѣкоторыя изъ этихъ группировокъ не заключаютъ въ себѣ ничего характернаго для особенностей *юридической природы* сдѣлокъ. Другія, напримѣръ, „обоюдныя“ сдѣлки, всего чаще совсѣмъ не выдерживаются послѣдовательно до конца, а представляютъ какія-то попытки отличить ихъ отъ односторонніхъ, причемъ, напр., дареніе и традиція (передача) не окажутся въ составѣ обоюдныхъ сдѣлокъ, тогда какъ оспаривать ихъ договорный, т.-е. тоже обоюдный, въ *юридическомъ смыслѣ*, характеръ, конечно, весьма трудно. Очевидно, что подъ „обоюдностью“ наша кодификація разумѣетъ тоже взаимно-выгодный въ экономическомъ смыслѣ, а не обоюдный въ смыслѣ юридическомъ, т.-е. *договорный* характеръ сдѣлки.

Такія группировки несомнѣнно составляютъ пріемъ разработки юридическаго матеріала внѣшній, условленный не самимъ матеріаломъ, а необходимостью такъ или иначе привести его въ нѣкоторый порядокъ, хотя бы, такъ сказать, навязанный ему. Для системы юридическихъ институтовъ основы ихъ сочетанія и расчлененія должны быть *юридическія*, а не внѣшнія, не экономическія.

То же, что сказано объ институтахъ, должно быть отнесено и къ юридическимъ сдѣлкамъ. Для особенности каждой отдѣльной можетъ быть характерно, конечно, и то, есть ли сдѣлка безмездная, или возмездная, обоюдно или односторонне-выгодная; но на этихъ чертахъ трудно строить *специфически-юридическія группы сдѣлокъ*, на каждой изъ коихъ лежалъ бы дѣйствительно особый стиль ея конструкціи, печать самобытности, юридической оригинальности и характера, съ помощью коего мы отличимъ ея конструкцію отъ конструкціи другой сдѣлки или другой группы сдѣлокъ совсѣмъ иного въ юридическомъ смыслѣ стиля.

Возможно, однако, и здѣсь уже, при изученіи содержанія сдѣлокъ, различить такія характерныя особенности, отличающія однѣ ихъ группы отъ другихъ, которыя не составляютъ только внѣшнихъ ихъ свойствъ, а именно опредѣляютъ особую внутреннюю природу ихъ юридическаго строенія. Это именно особый

ихъ юридическій стиль, тѣ черты, коими опредѣляется та сторона дѣла, которую юристъ долженъ умѣть распознавать прежде всего для своихъ специфическихъ цѣлей. Будучи чисто юридическими, эти черты ихъ строенія видны далеко не въ одной категоріи институтовъ и сдѣлокъ (вещныхъ или договорныхъ), а, наоборотъ, онѣ обнаруживаются въ цѣломъ рядѣ ихъ, и посему намъ надлежитъ остановиться на ихъ изученіи именно здѣсь, въ составѣ Общей части.

Мы разумѣемъ дѣленіе юридическихъ сдѣлокъ на каузальныя или матеріально-характеризованныя, и на сдѣлки съ невыраженнымъ каузальнымъ моментомъ, абстрактныя, формальныя *въ смыслѣ формализма внутренняго.*

Долгое время эта сторона ученія о строеніи юридической сдѣлки оставалась почти совсѣмъ въ тѣни. Въ самомъ дѣлѣ, какъ могло выдвинуться впередъ ученіе о *формализмѣ волеизъявленія*, о строгомъ, рѣшающемъ, безповоротномъ его характерѣ въ условіяхъ слабо развитого личнаго сознанія, вялаго обмѣна, и въ атмосферѣ схоластики и мистицизма, свойственной средневѣковой эпохѣ, или посреди матеріализма и сенсуализма восемнадцатаго вѣка?

Чтобы воскресить эти типы чисто цивильныхъ, строго-дѣловыхъ и рѣшительныхъ волеизъявленій для новаго времени, существеннымъ факторомъ, независимо отъ широкаго развитія свободнаго обмѣна, было прямое общеніе новой юриспруденціи съ первоисточниками классическаго права, съ латинскимъ творческимъ юридическимъ духомъ.

И мы видимъ дѣйствительно, что правильное *пониманіе и оцѣнка абстрактнаго построенія договорнаго обязательства*, натурально, сперва на латинскихъ образцахъ, въ новое время обнаруживается у французскихъ романистовъ XVI столѣтія (особенно у Куяція). Своеобразныя примѣненія конструкціи того же стиля видны на исторіи векселя. Pothier прекрасно разумѣлъ различіе построенія *каузальной сдѣлки и сдѣлки съ невыраженнымъ каузальнымъ моментомъ*, что отразилось частью на выработанныхъ подъ вліяніемъ его работъ артикляхъ Code civil въ общихъ его ученіяхъ о сдѣлкѣ, находившихъ, какъ извѣстно, въ старыхъ системахъ себѣ мѣсто въ общихъ ученіяхъ о договорномъ обязательствѣ (art. 1131, 1132).

Блестящую эпоху въ развитіи ученія объ абстрактныхъ и матеріальныхъ *договорахъ въ особенности и юридическихъ сдѣлкахъ вообще* открываетъ въ нашемъ вѣкѣ школа Савиньи, на почвѣ изученія общаго права, а въ связи съ этимъ и новыхъ институтовъ права

торговаго. Труды Либе, Эйнерта, Гнейста, Савинья, Сальпіуса, Оттона Бэра, Экснера и др. *) освѣщаютъ яркимъ свѣтомъ во всемъ размѣрѣ юридическій и техническій интересъ изученія этого явленія въ примѣненіи къ различнымъ институтамъ цивильной системы.

Съ частными примѣненіями построеній этого стиля мы будемъ встрѣчаться не разъ въ обзорѣ отдѣльныхъ институтовъ системы. Здѣсь мы ограничимся характеристикой явленія, насколько оно подлежитъ изученію въ Общей части.

Чтобы подойти къ области этихъ любопытныхъ и важныхъ проблемъ современной юриспруденціи, намъ необходимо предпослать имъ нѣкоторыя замѣчанія по вопросу о *содержаніи* юридической сдѣлки *вообще:*

Къ этому мы и приступимъ.

Та самая ст. 63 прил. къ ст. 708 т. X, ч. I, на которую мы только что сдѣлали указанія выше, *предоставляя заключающимъ акты помѣщать въ оныхъ произвольныя условія по ихъ усмотрѣнію, предписываетъ, чтобы въ сихъ условіяхъ не было допускаемо... рѣчей вовсе ничего не значущихъ.*

Это любопытное предписаніе! Оно взято въ составъ свода изъ того же матеріала инструкцій надсмотрщикамъ, который обильно вырабатывался Петровскими и ближайшими послѣдующими указами для надежной постановки у насъ актуарной части.

Что же слѣдуетъ разумѣть въ содержаніи актовъ подъ рѣчами *вовсе ничего не значущими?* Мы имѣемъ на этотъ вопросъ нѣкоторое оффиціальное разъясненіе, которое, однако, съ перваго взгляда даетъ только отрицательный результатъ. Вотъ оно. Ука-

---

*) Заглавіе ихъ трудовъ можно найти въ любомъ учебникѣ пандектнаго права, а также въ моей работѣ „Основная форма корреальнаго обязательства. Историко-юридическое и критическое изслѣдованіе по римскому праву. Н. Дювернуа. Ярославль. 1874 г.", гдѣ гл. I разд. 1 посвященъ литературному очерку по занимающему насъ вопросу въ связи съ ученіемъ о стипуляціи. Въ недавнее время появилась въ Юрьевѣ новая работа по этому же предмету: Абстрактныя и матеріальныя обязательства въ римскомъ и современномъ гражданскомъ правѣ А. С. Кривцова. 1898 г. Авторъ вполнѣ овладѣлъ всей трудной проблемой въ связи ея съ цѣлымъ рядомъ тѣсно соприкасающихся вопросовъ (ученіе о causa) и литературой, особенно нѣмецкой, до послѣднихъ дней. Съ помощію книги г-на Кривцова наши цивилисты, незнакомые съ нѣмецкимъ языкомъ, могутъ безъ особаго труда оцѣнить все значеніе проблемы для цѣлаго ряда практически важныхъ институтовъ цивильной системы. Въ дальнѣйшемъ мы будемъ имѣть случай не разъ возвращаться къ названной книгѣ, которой нельзя не пожелать успѣха въ серьезной читающей русской публикѣ. Г-нъ Кривцовъ не дѣлаетъ указаній на предшествующую отечественную, правда, очень небогатую литературу. Изъ трудовъ русскихъ, заслуживающихъ полнаго вниманія, слѣдуетъ назвать работу г. М. А. Окса „Женщина какъ продуктивный дѣятель въ сферѣ права и ученія о кондикціи." (Чтеніе въ одесск. юридич. Обществѣ). Одесса. 1884 г.

зомъ 1701 г. марта 7, повелѣно писать всякія крѣпости *противъ образцовъ*, данныхъ изъ Оружейной палаты. Образцовъ такихъ, однако, въ дѣйствительности дано не было, какъ видно изъ дѣла, хранящагося въ Архивѣ кодификаціоннаго отдѣла при Государственномъ Совѣтѣ, о формахъ крѣпостямъ (ст. 62 указ. прил. въ ст. 708, примѣч.). И такъ, — ничего незначущія рѣчи были бы тѣ, которыя писаны *не противъ образцовъ*. Но когда образцовъ нѣтъ, то вопросъ о ничего незначущихъ рѣчахъ остается, очевидно, открытымъ.

Извѣстно, что конецъ 17 и нач. 18 в. есть, въ Петровскомъ законодательствѣ, пора остраго кризиса, который былъ вызванъ весьма радикальнымъ планомъ Петра Великаго вполнѣ взять въ руки правительства всю актуарную часть для ея упорядоченія, во-первыхъ, а вмѣстѣ съ этимъ и для эксплуатаціи имущественнаго оборота въ финансовыхъ цѣляхъ (гербовая бумага). Столкновеніе интересовъ свободнаго обмѣна съ обязательными нормами повторяется не разъ въ 18 в. и вновь принимаетъ очень острый характеръ въ царствованіе Александра перваго. Въ эпоху составленія Свода Законовъ планъ Петра не находилъ сочувствія въ руководящихъ сферахъ и дѣло ограничилось выработкой формуляровъ лишь для нѣкоторыхъ видовъ сдѣлокъ, о коихъ и будетъ сказано въ соотвѣтствующихъ мѣстахъ.

Такимъ образомъ, вопросъ, что слѣдуетъ разумѣть подъ *рѣчами ничего не значущими* (указ. выше, ст. 63) остается какъ-будто открытымъ и нынѣ для нашей каутелярной юриспруденціи. Но такъ ли это на самомъ дѣлѣ?

Мы попытаемъ въ дальнѣйшемъ разъяснить этотъ вопросъ.

Выше (стр. 270 — 271), разсматривая ученіе о лицѣ въ области гражданскаго права, мы сказали, что для *юридической* выработки этого понятія намъ приходится оставлять безъ вниманія массу такихъ живыхъ свойствъ и особенностей, существенныхъ для характеристики отдѣльнаго человѣка, безъ коихъ совсѣмъ немыслима индивидуальность живого характера; и, однако, *для состава понятія лица* въ смыслѣ юридическомъ, цивильномъ, такія квалификаціи будутъ представлять собою именно *ничего не значущія рѣчи*.

Если намъ нужна, въ нашихъ цѣляхъ, переработка живого образа человѣка въ такую условную юридическую потенцію, какова *личность въ гражданскомъ правѣ*, то, натурально, и всѣ проявленія этой силы должны быть въ тѣхъ же цѣляхъ переработаны по этому же методу въ типическія дѣянія, въ *типическія волеизъявленія*, которыя не могутъ и не должны, безъ

вреда для дѣла, заключать въ себѣ ничего въ юридическомъ смыслѣ излишняго, никакихъ *ничего не значущихъ рѣчей*. Для насъ такимъ образомъ и здѣсь будутъ имѣть значеніе только такія рѣчи, которыя или прямо даны легальнымъ формуляромъ, или могутъ быть составлены по нѣкоторому заранѣе опредѣлившемуся шаблону. Нельзя не только внѣшнимъ образомъ выражать свою волю любыми способами, словомъ, жестомъ, начертаніемъ, о чемъ позже, но и самое *содержаніе волеизъявленія*, этотъ *внутренній моментъ состава* юридической сдѣлки надлежитъ особымъ методомъ переработать въ нашихъ цѣляхъ. Въ составѣ юридическаго волеизъявленія нельзя, напр., *хотѣть разбогатѣть*, что, однако, такъ часто составляетъ всю суть дѣйствительныхъ побужденій при совершеніи юридическихъ операцій, нельзя *хотѣть пріобрѣсти* (примѣръ выше), нельзя даже, какъ сейчасъ увидимъ, прямо *сострадать страждущему человѣчеству*. Можно только *купить*, *продать*, *отказаться отъ иска*, *совершить дарственную запись* и прочее подобное. Все остальное для вопросовъ права *ничего не значущія рѣчи*.

Методъ, коимъ законодательство и юриспруденція могутъ достигать *указанной цѣли* переработки содержанія волеизъявленій *въ заранѣе извѣстные типы*, есть тотъ, который предположенъ былъ въ петровскомъ указѣ 1701 г. Тогда все *содержаніе* сдѣлокъ было бы сведено къ тому внутреннему формализму, который знакомъ старой латинской системѣ. Это были бы такъ называемыя verba legitima, разъ навсегда выработанные образцы, *типы волеизъявленій*, отъ которыхъ также недопустимы отступленія, какъ отъ ритуала религіознаго.

Наше законодательство избрало другой путь къ цѣли, другую методу устраненія *ничего не значущихъ рѣчей* изъ состава волеизъявленія, совсѣмъ не стѣснительную для гражданскаго оборота. Не только указанная выше ст. 63 (прил. къ ст. 708) предоставляетъ заключающимъ акты *помѣщать въ оныхъ произвольныя условія по ихъ усмотрѣнію*, но ту же свободу даютъ еще и другія положенія дѣйствующаго Свода для сдѣлокъ договорныхъ въ особенности (ст. 568, 1528, 1530). Словомъ, мы съ нашими требованіями формальнаго состава волеизъявленій по отношенію къ содержанію сдѣлокъ очень далеки отъ квиритскихъ verba legitima и много ближе къ преторскимъ verba concepta.

Но, отказавъ намъ въ готовыхъ формулярахъ, нашъ законодатель какъ-будто и вовсе лишилъ насъ критерія для различенія *рѣчей, значенія не имѣющихъ*, отъ такихъ, которыя именно образуютъ все юридическое содержаніе сдѣлки и опредѣляютъ весь

ея юридическій характеръ. Такъ ли это, однако? Возьмемъ примѣръ. N, жертвуя свою вотчину для устройства въ ней и изъ ея доходовъ благотворительнаго института, начинаетъ учредительный актъ словами „*Исполненный любви къ страждущему человѣчеству*“. Это та самая манера, которой столь часто держались и держатся въ актахъ законодательныхъ, предполагающихъ по своимъ свойствамъ нѣкоторый подъемъ духа... „*Въ непрестанной заботѣ объ успѣхахъ высшаго образованія въ нашемъ отечествѣ*“... Въ юридическомъ смыслѣ такія возглашенія, натурально, ничего не прибавляютъ къ диспозитивной части указа или учредительнаго акта частнаго лица. Однако, *почему* истолкованіе воли въ этихъ случаяхъ оставляетъ такія рѣчи безъ послѣдствій? Потому-ли, что выраженный въ нихъ мотивъ безразличенъ, или, быть можетъ, что онъ не соотвѣтствуетъ истинѣ? Совсѣмъ нѣтъ. Въ отдѣльныхъ случаяхъ совершенно возможно, что эти безразличныя для состава сдѣлки слова, покажутъ вполнѣ живую черту характера, дѣйствительное настроеніе жертвователя, цѣнную для его біографіи подробность. Противъ этого нельзя ровно ничего сказать. Но дѣло въ томъ, что *въ вопросахъ права* ни эти живыя черты субъекта сдѣлки, его настроенія, ни эти интимныя побужденія его волеизъявленія совсѣмъ не подлежатъ изученію юристовъ. И если въ одномъ случаѣ актъ благотворительности имѣетъ въ своей основѣ мотивъ несомнѣнно возвышенный, въ другомъ — простое тщеславіе, юридическій эфектъ сдѣлки останется все тотъ же, безъ всякой тѣни какого-либо различія въ его силѣ.

Совершенно также ничто не измѣнится въ составѣ договора купли-продажи, если *мотивъ сдѣлки* для продавца есть нажива, или, быть можетъ, нѣчто иное, необходимость къ данному сроку имѣть, чего бы это ни стоило, такую-то денежную наличность, или, наконецъ, борьба за рынки, причемъ цѣлый рядъ сдѣлокъ идетъ прямо въ убытокъ предпринимателя. — Тоже при займѣ, каковъ бы ни былъ мотивъ дачи извѣстной суммы въ кредитъ, желаніе выручить изъ бѣды, невозможность въ извѣстныхъ условіяхъ отказать въ просьбѣ, или простой разсчетъ помѣстить хорошо свои деньги, заемъ останется кредитной сдѣлкой опредѣленнаго содержанія, совсѣмъ независимаго отъ указанныхъ *побужденій* дачи взаймы.

Мотивъ сдѣлки можетъ быть выраженъ при ея заключеніи (я беру этотъ инструментъ для дочери, въ приданое; мы займемъ приморскую дачу, потому что сыну необходимо морское купанье), или ясенъ безъ такого заявленія (*только бы не входилъ въ составъ сдѣлки, какъ условіе*; ибо тогда это уже не

простой мотивъ), можетъ быть скрытъ въ это время и обнаруженъ позже (я покупалъ вовсе не для пріобрѣтенія вещи, ибо она не могла быть мнѣ нужна, и это я докажу, а со скрытой цѣлью—найти признаки преступленія,—примѣръ изъ практики);— и все это не дѣлаетъ купли-продажи иной сдѣлкой въ одномъ случаѣ, чѣмъ въ другомъ.

Что мотивъ тотъ или другой, цѣль та или иная были на лицо,— въ этомъ нѣтъ сомнѣній. Наличность побужденія или разсчетъ составляетъ „психологическую", по выраженію одного пандектиста, необходимость сдѣлки. Это вѣрно. Ошибочна можетъ быть только квалификація этой необходимости „психологической", ибо возможна сдѣлка, напр., для юридическаго лица, и безъ этой именно психологической необходимости. Но та или другая *необходимость*, конечно, всегда предшествуетъ волеизъявленію. И это насъ здѣсь мало интересуетъ, ибо вызвавшій волеизъявленіе мотивъ или разсчетъ позже можетъ исчезнуть, не оправдаться, пропасть (дочь не вышла замужъ, сыну купанье оказалось вредно, рынка мы не захватили и проч.), а возникшая подъ ихъ дѣйствіемъ купля-продажа, заемъ, наемъ имущества остаются налицо, нисколько не поколеблются этими измѣненіями фактическихъ условій ихъ возникновеніе *).

Этимъ методомъ мы ставимъ существованіе юридической сдѣлки въ полную независимость отъ психическихъ побужденій, отъ экономическихъ видовъ, житейскихъ соображеній, словомъ, отъ естественныхъ причинъ, вызвавшихъ ея образованіе. Мы ихъ или вовсе выбрасываемъ *изъ юридическаго состава волеизъявленія*, или удаляемъ ихъ на такое разстояніе отъ состоявшагося акта, что онѣ могутъ послужить намъ развѣ однимъ изъ средствъ для лучшаго истолкованія волеизъявленія, но никоимъ образомъ не могутъ и не должны условливать собою или колебать силу сдѣлки.

Въ вопросахъ гражданскихъ правоотношеній мы также не имѣемъ возможности и надобности считаться со всѣми натуральными и фактическими данными волеизъявленій, какъ въ вопро-

*) Талантливый франц. цивилистъ R. Saleilles, усматривая въ новомъ Германск. уложеніи торжество принципа волеизъявленія надъ принципомъ воли въ положеніяхъ о юридич. сдѣлкѣ несомнѣннымъ (ср. выше, стр. 733, примѣч.), выражаетъ по этому поводу отношеніе психологіи къ праву въ такой формулѣ: la théorie des actes juridiques du Code allemand a cessé d'être une psychologie juridique pour devenir une forme juridique de psychologie. Le droit a reconquis sa place à l'encontre de la psychologie; et ainsi le veulent les intérêts en cause, le crédit social et l'équité générale. Du moins il est ainsi en matière de droit civil et de transactions commerciales; car s'il s'agissait de droit pénal, ce serait en sens tout opposé, dans le sens de l'individualisation psychologique, que devrait se faire l'orientation juridique (De la déclar. de volonté, стр. 217; ср. выше, стр. 687, примѣч., идеи Шлосмана).

сахъ о личности съ біографическими данными каждаго носителя гражданской правоспособности.

Естественная каузальность волеизъявленія исчезаетъ и уступаетъ мѣсто *каузальности юридической*, которая и опредѣляетъ собою весь составъ сдѣлки со стороны ея содержанія.

Устранивъ, такимъ образомъ, все, что составляетъ *вовсе ничего незначущія* (натурально, для юриста только) *рѣчи*, стало быть, отрицательную сторону дѣла, мы становимся лицомъ къ лицу къ *положительной сторонѣ*, къ вопросу, что же образуетъ рѣчи или составъ для существа сдѣлки необходимый, опредѣляющій ея юридическую природу, ея особый характеръ, ея индивидуальность, наконецъ, стиль ея, т.-е. внутренними признаками установленную особенность построенія одной группы сдѣлокъ въ отличіе отъ другой?

На этотъ общій вопросъ мы можемъ дать только общій отвѣтъ. При переработкѣ естественнаго волевого процесса въ актъ юридическій причинность волеизъявленія фактическая исчезаетъ и мѣсто ея занимаетъ *формально-опредѣленная, постоянная, юридическая каузальность*, которая и даетъ сдѣлкѣ постоянный, внѣшне-распознаваемый ея составъ.

Мы видѣли выше, что побужденій для пожертвованія, для купли-продажи, для найма, займа и прочее можетъ быть бездна. И не менѣе того, совершенно независимо отъ неуловимой пестроты этихъ побужденій, въ одномъ рядѣ случаевъ, каковъ бы ни былъ внѣшній толчекъ, получится въ результатѣ вполнѣ опредѣлившаяся типическая юридическая фигура сдѣлки купли-продажи, въ другомъ со столь же опредѣленными юридическими свойствами сдѣлка имущественнаго найма, денежнаго займа, пожертвованія, быть можетъ, уплаты и такъ далѣе, безъ конца.

На вопросъ, чѣмъ же юридически опредѣлить составъ сдѣлки купли-продажи въ отличіе отъ любой другой, какъ ее юридически индивидуализировать? мы отвѣчаемъ — признакомъ формальной каузальности, которая опредѣляетъ *въ ея составѣ* волеизъявленія лицъ. Это будетъ сдѣлка купли-продажи, совершенно независимо отъ возможныхъ естественныхъ, скрытыхъ или выраженныхъ разсчетовъ (имѣть сейчасъ наличность, захватить рынокъ, нажить, раскрыть слѣды преступленія), *потому что* волеизъявленіе уступить вамъ вещь *связано въ составѣ сдѣлки* съ выговоренной отъ васъ за уступку ея вамъ цѣны. Въ этомъ специфическій, формально-необходимый каузальный моментъ состава сдѣлки, безъ коего въ юридическомъ смыслѣ не будетъ купли-продажи.

Такой же формально-извѣстный моментъ индивидуализируетъ сдѣлку даренія, гдѣ формально-опредѣленный мотивъ, *юридическая* каузальность, не есть ни тщеславіе, ни человѣколюбіе, а воля дарителя совершить обогащеніе одариваго насчетъ умаленія имущества дарителя*). Это и будетъ юридически-каузальный моментъ, индивидуализирующій составъ сдѣлки даренія, совершенно независимо отъ той causa естественной, которая тоже можетъ быть налицо или въ видѣ тщеславія, или въ видѣ искренняго побужденія старой дружбы, человѣколюбія, ровно ничего не измѣняя въ юридической сущности дарственнаго акта.

Если я даю взаймы деньги, или иные квантитеты, то формально—извѣстная causa заемной сдѣлки есть кредитъ, дача съ видами возврата tantundem ejusdem qvalitatis. Мотивъ внутренній—выручить изъ бѣды, спасти отъ несостоятельности, хорошо помѣстить свободныя деньги—несомнѣнно наличный, совершенно натуральный въ сдѣлкахъ этого рода, каковъ бы онъ ни былъ—вполнѣ безразличенъ для особой юридической природы заемной сдѣлки.

То же для случая уплаты. Я плачу, чтобъ выполнить обязательство въ данный срокъ. Эта causa, эта причина или цѣль**), опредѣляетъ специфическую природу уплаты, опять совершенно независимо отъ радостей, опасеній, разсчетовъ, которые побуждали должника къ этому дѣйствію.

Вотъ простѣйшіе образцы формально-различныхъ по своему каузальному составу юридическихъ сдѣлокъ, изъ коихъ каждая имѣетъ свою природу, свои необходимые принципы, свое особое содержаніе.

Мы видѣли выше, что наше законодательство не выработало готовыхъ образцовъ для любыхъ сдѣлокъ, выразивъ только требованіе, чтобы въ ихъ составъ не было вводимо *ничего незначущихъ рѣчей*. Это отрицательная сторона вопроса. Но, затѣмъ, въ составѣ нашего гражданскаго кодекса, какъ и любого другого, не трудно найти *абстрактно формулированные признаки сдѣлокъ* въ составѣ институтовъ разнаго содержанія, такъ что мы изъ этихъ положеній легко узнаемъ, какіе реквизиты необходимы для цѣлаго ряда сдѣлокъ договорныхъ (купля, мѣна, поставка, наемъ, подрядъ, заемъ, уплата и т. под.), актовъ укрѣпленій имуществъ при жизни (дарственная запись, выдѣлъ частей или

*) Дареніе въ подлинномъ смыслѣ donantem *pauperiorem* et accipientem *locupletiorem* facit (l. 5 § D. 8 24 1).

**) Причину и цѣль въ составѣ сдѣлки обезразличиваетъ одинъ нѣмецкій писатель какъ вогнутую и выпуклую поверхность того же тѣла.

назначеніе приданаго изъ недвижимыхъ имуществъ и проч.), распоряженій на случай смерти (назначеніе наслѣдника, отказы). Съ помощью такихъ абстрактно выраженныхъ реквизитовъ сдѣлки въ составѣ того или другого института, мы и безъ готовыхъ образцовъ можемъ сами формулировать сдѣлку любого содержанія. Это положительная сторона вопроса.

Въ этомъ сочетаніи акта воли и юридической нормы для понятія сдѣлки также сказывается особая природа *сдѣлки гражданской*, какъ въ сочетаніи нормы и иска выражается природа *самаго права гражданскаго*. И тутъ и тамъ правоспособный и дѣеспособный субъектъ приводитъ въ дѣйствіе отвлеченную норму, чтобы измѣнять такъ или иначе свои правоотношенія, по своему усмотрѣнію (это jurisdictio voluntaria), или чтобы возстановлять ихъ, въ случаяхъ нарушенія нормы, исковыми средствами, тоже предоставленными на его волю (это jurisdictio contentiosa) *).

Выше мы брали самые простые примѣры сочетаній въ составѣ сдѣлки волеизъявленій съ разными каузальными моментами. Я даю деньги credendi, solvendi, donandi causa. Натурально, это не единственные случаи подобныхъ сочетаній. Ихъ масса. Обыкновенно внутренній каузальный моментъ въ составѣ сдѣлки *даетъ имя самой сдѣлкѣ*. Итакъ, заемное обязательство именно и характеризуется этимъ моментомъ взятія или забора (займа) суммы или количества съ обязательствомъ возврата. То же для купли-продажи, гдѣ взаимность наличная (synallagma, contrat synallagmatique C. c. art. 1102) обоихъ обязательствъ выражена въ самомъ названіи. То же въ латинскомъ наименованіи найма, locatio conductio, и если не въ названіи, то въ строеніи и современнаго договора найма. Въ сдѣлкахъ даренія, назначенія приданаго сказывается также именно имъ присущій каузальный моментъ обогащенія одаряемаго, устроенія имущественной стороны брачнаго сожитія. То же видно, наконецъ, въ сдѣлкахъ вспомогательнаго или придаточнаго характера, наковы задатокъ, неустойка, поручительство. Намъ нѣтъ, однако, надобности исчерпывать все возможное разнообразіе внутреннихъ каузальныхъ моментовъ состава хотя бы *именованныхъ* сдѣлокъ. А затѣмъ, всѣмъ извѣстно, что за контрактами *именованными* латинская система знала цѣлыя категоріи контрактовъ *безыменныхъ*, въ коихъ сочетанія каузальныя прямо и ясно входятъ въ конструкціи (do ut des и т. д.). Наша скудная система сдѣлокъ и контрактовъ въ особенности можетъ натурально тоже расширяться, по усмотрѣ-

*) Границу той и другой далеко не легко провести со всею точностью, см. особенно Wach, Handbuch d. deutsch. Civilprozessrechts, I, § 6.

нію сторонъ на такія сочетанія, для коихъ не найдется въ нашей рѣчи специфическихъ (nomina vulgaria et usitata) наименованій, общепринятыхъ у юристовъ и въ просторѣчіи (см. ст. 568 т. X ч. I). Въ этихъ разнообразныхъ сочетаніяхъ causa является намъ то какъ основаніе, то какъ цѣль волеизъявленія. Я уплачиваю, *потому что* считаю себя должнымъ. Я вручаю сумму, *чтобы* получить такое же количество обратно. Causa не является, стало быть, въ составѣ сдѣлки необходимо какъ одновременный обмѣнъ юридическихъ актовъ двухъ сторонъ, а также и какъ послѣдовательный во времени. Это будетъ causa praeterita, когда основаніе дачи есть предшествующее ей, наличность долга (solutio), или causa futura, когда дача произошла въ цѣляхъ современемъ получить то же количество обратно (creditum, contractus innominati).

Мы установили здѣсь понятія причины или цѣли волеизъявленіе *въ составѣ сдѣлки*, и этотъ анализъ, это различеніе каузальнаго момента, *входящаго въ ея составъ* (юридическій каузалитетъ, формальная причинность или цѣль волеизъявленія), *отъ каузальности внѣшней* (фактической), гдѣ виденъ естественный мотивъ волеизъявленія, въ указанныхъ выше примѣрахъ — тщеславіе, человѣколюбіе, желаніе обогащенія, захватъ рынка, открытіе слѣдовъ преступленія, представляетъ собою, во-первыхъ, далеко не безспорное ученіе, и, во-вторыхъ, влечетъ за собой очень важныя юридическія консеквенціи.

Что касается спорныхъ пунктовъ этого ученія, то мы можемъ теперь, въ виду названной выше почтенной работы г. Кривцова, на русскомъ языкѣ, ограничиться лишь самыми общими указаніями, ибо русскому юристу вполнѣ доступно, благодаря этой работѣ, основательное ознакомленіе съ любопытной и очень важной контроверзой во всѣхъ ея деталяхъ *).

И такъ мы думаемъ, что мотивъ естественный, внѣшній для состава сдѣлки, и причинность формальная, юридическая, въ ея составѣ, двѣ вещи очень различныя по существу и по юридическимъ послѣдствіямъ для ея силы. Въ этомъ ученіи мы ближе сходимся съ результатами изслѣдованія Ленеля, который является

---

*) Трудное ученіе о causa изложено у г. Кривцова въ четырехъ главахъ: I. Терминологія источниковъ; II. Предположенія сторонъ при договорномъ обязательствѣ; III. Виндшейдовская теорія; IV. Юридическія послѣдствія отсутствія или недостатковъ эквивалента (стр. 15—110). Авторъ трактуетъ здѣсь обязательства, а не сдѣлки вообще; но въ изученіи родственныхъ явленій не всегда возможно провести точную и постоянную границу, если бы мы даже поставили себѣ это цѣлью.

въ этомъ вопросѣ наиболѣе рѣшительнымъ противникомъ ученія Виндшейда *).

Отправляясь въ ученіи о строеніи юридической сдѣлки отъ понятія воли, Виндшейдъ видитъ въ томъ, что онъ называетъ предположеніемъ (Voraussetzung), именно тѣ *внѣшнія для сдѣлки* обстоятельства, которыя служатъ для нея побужденіемъ, психически мотивируютъ ее. Здѣсь скрыта, по ученію Виндшейда, *первоначальная цѣль* (erste Absicht) волеизъявленія, за которой, шагъ дальше, слѣдуютъ рѣшающіе мотивы. Это стало быть, нѣкоторая скала, которую далеко не всегда легко разобрать, но которою условливается сила волеизъявленія (Виндшейдъ, Пандекты, § 98). Фактически такія *предположенія* въ отдѣльныхъ случаяхъ оказываютъ несомнѣнное вліяніе на рѣшимость волеизъявленія. Съ точки зрѣнія *свободы воли* это далеко не безразличные моменты. Но крайне *субъективная* окраска подобныхъ мотивовъ дѣлаетъ ихъ въ смыслѣ *общаго* критерія для опредѣленія силы сдѣлки малопрактичными. Въ этомъ смыслѣ Ленель правильно отвергаетъ значеніе такихъ невѣсомыхъ (imponderabilia) для юридической силы сдѣлки.

На мѣсто этихъ чисто субъективныхъ моментовъ, другая сторона, и главнымъ образомъ Ленель, выставляетъ какъ рѣшающій критерій для силы волеизъявленія—*цѣль или мотивъ сдѣлки хозяйственный*, стало быть, *объективно опредѣлимый*. Надо, говоритъ онъ, давать значеніе не всему подъ предположеніемъ чего лицо дѣйствуетъ, а лишь тому, что мы *въ правѣ* предполагать со стороны другого (Ленель имѣетъ въ виду сдѣлку договорную) въ смыслѣ *общепринятой въ гражданскихъ сношеніяхъ добросовѣстности* (was man voraussetzen nach Treu und Glauben... *berechtigt* war, послѣднее подчеркиваетъ Кривцовъ, стр. 81 и слѣд., и мы сейчасъ увидимъ почему).

Нельзя не сказать, что въ этомъ видѣ, съ этой альтернативой, контроверза какъ со стороны *субъективистовъ* (Windscheid и др.), такъ и со стороны *объективистовъ* (Ленель и друг.) оставляетъ желать очень многаго для нашихъ цѣлей.

Безъ всякаго сомнѣнія, найти и указать для всей широкой области юридическихъ сдѣлокъ одинаково приложимый общій практическій критерій—задача до крайности трудная. Индивидуальное изслѣдованіе случая можетъ, по свойству сдѣлки, по

*) Всѣ указанія литературныя легко найти въ названной книгѣ г. Кривцова, гдѣ читатель замѣтитъ и такіе оттѣнки мыслей, которыхъ мы здѣсь не можемъ исчерпать, хотя считаемъ ихъ важными для дѣла. Въ Пандектахъ Виндшейда для Voraussetzung § 97 и слѣд., но самое ученіе разработано имъ еще въ 50 г. монографически.

особенностямъ личныхъ отношеній соучастниковъ, склонять воззрѣнія юристовъ то въ ту, то въ другую сторону. Поэтому было бы большой неосторожностью безусловно отвергать мысли Виндшейда о рѣшающемъ значеніи *первыхъ намѣреній или разсчетовъ* волеизъявленія для его силы. Мысли Виндшейда почерпнуты имъ изъ классическихъ источниковъ, надъ которыми онъ работалъ съ величайшей тщательностью. Все, что можно поставить ему въ упрекъ, это—что онъ, быть можетъ, съ нѣкоторой поспѣшностью обобщилъ ихъ. Ленель отвергаетъ значеніе психическихъ изысканій въ этой области вовсе и ставитъ на ихъ мѣсто свой экономически нормальный для добросовѣстнаго обмѣна критерій, которымъ и думаетъ опредѣлять каузальныя отношенія въ составѣ юридической сдѣлки. Вопросъ о силѣ сдѣлки рѣшаетъ не то, чего хотѣло бы лицо, а то, чего оно *должно хотѣть* по этому критерію.

Никакъ нельзя отвергать, что этотъ *экономическій* моментъ въ составѣ цивильной сдѣлки много осязательнѣе психическаго и въ отдѣльныхъ случаяхъ можетъ служить совершенно надежнымъ критеріемъ опредѣленія основы или цѣли волеизъявленія. Но независимо отъ того, что не всѣ сдѣлки гражданскаго права суть только имущественныя по своему содержанію, и въ самыхъ имущественныхъ сдѣлкахъ, какъ это было видно выше, нерѣдко бываетъ далеко не легко установить, что собственно въ данномъ случаѣ опредѣляло совершенно добросовѣстный экономическій разсчетъ даже въ такой простой сдѣлкѣ, какъ купля-продажа, нажива ли посредствомъ этой сдѣлки, или реклама, захватъ рынка въ цѣляхъ наживы въ послѣдующихъ операціяхъ, или крайность, побуждавшая къ уступкѣ товара за ничтожную цѣну въ виду необходимости имѣть въ данный моментъ денежную наличность.

Итакъ, критерій экономическій есть тоже крайне растяжимый и пригодный не столько для нормальныхъ свободныхъ гражданскихъ сдѣлокъ, сколько для случаевъ необходимости ихъ повѣрки въ виду очевидной ошибки въ волеизъявленіи и особенно обмана, побудившаго къ совершенію сдѣлки.

Такимъ образомъ, для опредѣленія *основы и цѣли юридической сдѣлки* мы никоимъ образомъ не находимъ возможнымъ принять, вмѣстѣ съ субъективистами, ни психическаго, ни вмѣстѣ съ объективистами, экономическаго критерія за рѣшающій для ея силы.

Кривцовъ очень близокъ къ истинѣ когда замѣняетъ ту и другую (психическую или экономическую) основу или цѣль „правовой цѣлью“, которая одна и должна служить мѣриломъ для

опредѣленія силы сдѣлки (стр. 81 и толкованіе „berechtigt war“ у Ленеля).

Мы остаемся при выраженномъ нами выше взглядѣ, что моменты психическій или экономическій не могутъ служить *общимъ* рѣшающимъ мѣриломъ силы юридической сдѣлки. Рѣшаетъ въ вопросахъ права не то, чего я хочу, и не то, чего я, по экономическимъ соображеніямъ, долженъ хотѣть, а лишь то, что составляетъ *юридическую каузальность* данной сдѣлки. Это суть *внутренніе* необходимые *для состава* сдѣлки моменты, коими опредѣляется ея *формальная* основа и цѣль. Въ ней несомнѣнно находятъ себѣ отраженіе и психическіе, и экономическіе моменты. Но они для содержанія юридической сдѣлки даютъ намъ лишь внѣшнюю, фактическую, а не внутреннюю, юридическую ея сущность. Это претвореніе психическихъ мотивовъ и экономическихъ разсчетовъ *въ юридическую формулу сдѣлки* того и другого содержанія и характера несомнѣнно уподобляется тому *обновленію или пресуществленію*, образецъ котораго даетъ намъ классическій процессъ въ моментѣ litis contestatio. Только что тамъ новаціи подвергается прежнее матеріальное правоотношеніе, превращаясь въ этотъ моментъ въ новое, формальное или процессуальное. Здѣсь же весь фактическій матеріалъ (психическій и экономическій) *консумируется и претворяется въ юридическую сдѣлку*, въ составѣ которой прежнія основы и цѣли фактическія получаютъ *новый образъ каузальности и отношеній юридическихъ* *).

Съ этихъ поръ я не потому покупщикъ, что къ этому у меня есть *психическое побужденіе или экономическій разсчетъ*, а прямо, хотя бы вопреки моего теперешняго желанія и разсчета, потому что я *обязанъ* принять на себя всѣ commoda и pericula rei; также какъ продавецъ обязанъ традировать проданную вещь, какъ бы ни было ему жаль и не разсчетъ разстаться съ ней, потому единственно, что онъ продавецъ, сторона въ юридической сдѣлкѣ, въ данномъ договорно-обязательственномъ или иномъ *юридическомъ* отношеніи.

Различеніе въ процессѣ образованія юридической сдѣлки этихъ предшествующихъ ей, внѣшнихъ моментовъ, мотивовъ, разсчетовъ, и тѣхъ, изъ коихъ окончательно слагается ея формальный образъ, съ этимъ внутреннимъ юридическимъ каузализмомъ, опредѣляющимъ ея индивидуальность, влечетъ за собою очень важныя практическія послѣдствія. Мы разсматривали выше

*) См. выше формулу R. Saleilles.

тѣ случаи, въ которыхъ велеизъявленіе, вызванное принужденіемъ, ошибкой, обманомъ, можетъ потерять свой юридическій эффектъ именно въ виду этихъ его пороковъ. Случаи эти немногочисленны, и вовсе не часты въ нормальныхъ условіяхъ совершенія юридическихъ сдѣлокъ (см. §§ 40 и 49).

На ряду съ этимъ составъ сдѣлки можетъ быть такой, что въ немъ *недостаетъ юридической каузальности*, безъ которой она не должна имѣть силы. Я *уплачиваю*, натурально, въ предположеніи наличности *непогашеннаго долга*. Между тѣмъ кредиторъ раньше этой уплаты погасилъ уже этотъ долгъ выдачей росписки о платежѣ. Можно бы сказать, что уплата въ этихъ условіяхъ *не есть уплата*, и сдѣлка ничтожна по отсутствію юридически-каузальнаго для нея момента. Классики, однако, говорятъ не о ея ничтожествѣ, а лишь предоставляютъ уплатившему особый искъ, condictio indebiti. Путь гораздо болѣе соотвѣтствующій подлинной природѣ правоотношеній цивильныхъ и открывающій возможность ближе къ индивидуальному случаю установить послѣдствія обогащенія безъ достаточнаго, въ юридическомъ смыслѣ, основанія.

Классики разработали *для подобныхъ недостатковъ юридическаго состава сдѣлки* цѣлую систему кондикціонныхъ исковъ ob causam datorum.

Мы не можемъ коснуться этого вопроса здѣсь же. Для этого есть свое мѣсто въ системѣ. Ограничиваемся указаніемъ связи вопроса о строеніи сдѣлки съ процессуальными способами противодѣйствія тѣмъ или другимъ *недостаткамъ состава сдѣлки*. Ниже, въ связи съ ученіемъ о causa, будутъ даны еще нѣкоторыя указанія на современныя кодифицированныя системы.

Наше законодательство и практика до сего очень недостаточно воспользовалась сокровищами латинской мысли для разработки этихъ трудныхъ проблемъ. Между тѣмъ въ этихъ условіяхъ многое не носитъ на себѣ ничего специфически-римскаго, *непригоднаго* для пользованія въ цивилистическихъ проблемахъ любой системы. Труды русскихъ ученыхъ, особенно Окса, Гримма, Полетаева, Кривцова, конечно, облегчаютъ путь ознакомленія съ системой кондикцій, хотя, нѣтъ сомнѣнія, никакая современная работа не способна замѣнить хотя труднаго и сложнаго, но увлекательнаго и неоцѣненнаго изученія вопроса на подлинной почвѣ латинской юриспруденціи *).

*) Развернуть низ ст. 574 т. X ч. I все богатство содержанія латинской кондикціонной системы столь же затруднительно, какъ и свести систему кондикцій къ одной этой или подобной формулѣ. Практика знаетъ примѣненіе

§ 52.

Содержаніе юридической сдѣлки. (Продолженіе).—Условіе въ составѣ сдѣлки.—Actus legitimi.—Признакъ событія *будущаго* въ понятіи условія.—Его оцѣнка въ современной литературѣ.—Проектъ Гражд. Уложенія.—Модалитеты волеизъявленій.—Сдѣлки со скрытымъ каузальнымъ моментомъ.

За этимъ, въ ученіи о содержаніи сдѣлки намъ остается разсмотрѣть два вопроса:

1) Если *составъ сдѣлки* того типа, который мы имѣли до сего въ виду, есть юридически-установившійся, матеріально-распознаваемый (изъ состава видно, что одна есть даръ, другая—заемъ, уплата, усыновленіе, назначеніе наслѣдника, отказъ) и постоянный, то неужели нельзя вовсе вводить въ этотъ составъ ничего къ нему не принадлежащаго, для него *внѣшняго?* Сдѣлки, которыя, въ самомъ дѣлѣ, не допускаютъ въ своемъ составѣ ничего, кромѣ необходимыхъ для даннаго типа сдѣлки элементовъ, несомнѣнно существуютъ. Таковъ бракъ, его заключеніе въ особенности, таково узаконеніе, усыновленіе. Въ сдѣлкахъ имущественныхъ, въ современныхъ системахъ, есть тоже сдѣлки, не допускающія внѣшнихъ осложненій, каковы заявленіе въ подлежащемъ гипотечномъ установленіи о пересвоеніи занесенныхъ въ въ гипотечныя (у насъ вотчинныя) книги недвижимостей (Auflassung), подписка на акціи, приступъ къ наслѣдству или отреченіе отъ него. Но за этимъ кругомъ *строголегальныхъ* по составу сдѣлокъ (actus legitimi), что же могло бы помѣшать сторонамъ присоединять къ куплѣ, займу, даренію, отказу, такіе *фактическіе внѣшніе моменты*, которые въ каждомъ данномъ случаѣ болѣе или менѣе приближаютъ составъ такой сдѣлки *къ дѣйствительному желанію волеизъявляющаго субъекта?*

Наше законодательство отвѣчаетъ на это очень широкимъ разрѣшеніемъ „помѣщать въ оные (акты) *произвольныя* условія по ихъ усмотрѣнію“ (ст. 63, прилож. къ ст. 708), лишь бы въ

выраженнаго въ ней общаго принципа въ массѣ самыхъ разнообразныхъ случаевъ, которые отчасти и разработала гл. 6-ая раздѣла II кн. 2-ой X т. Этимъ вопросъ не ограничивается. Ученіе должно быть расширено на цѣлую область иныхъ расчетовъ какъ частныхъ лицъ между собой (см. статью проф. Петражицкаго въ Вѣстн. права за 1900 г., №№ I, II, III, особенно № I, стр. 23—25, гдѣ авторъ освѣщаетъ латинскія категоріи примѣрами изъ любыхъ системъ), такъ и между казной и частными лицами (см. для примѣра послѣднихъ т. X ч. I ст. 825 о несостоявшейся купчей крѣпости и возвратѣ продавцу внесенныхъ имъ при совершеніи акта крѣпостн. пошлинъ). Проектъ кн. V., ст. 1059—1065 и объясненія т. 5, стр. 375—408, ищетъ для этого ученія основъ въ классическій традиціи. Въ 1903 г. Stammler публиковалъ работу объ обогащеніи безъ достаточнаго основанія по нов. Нѣмецкому кодексу.

этихъ условіяхъ не было распоряженій противузаконныхъ и не заключалось ябедническихъ вымысловъ (тамъ же ср. еще ст. 1528 —1530; указ. ст. 63 пр. 708 исключ. въ изд. 1900 г.).

Для договорныхъ сдѣлокъ въ особенности законъ разрѣшаетъ вводить въ составъ волеизъявленія *„условія* о срокѣ, о платежѣ, неустойкахъ и тому подобныя“ (1530). Очевидно, въ этой статьѣ имѣется въ виду не столько *условія* въ техническомъ смыслѣ слова, сколько разнообразныя клаузулы, не образующія *необходимаго* для данной сдѣлки состава. По отношенію къ нѣкоторымъ подобнымъ „условіямъ“ законъ нашъ предписываетъ публичнымъ соучаствующимъ въ совершеніи акта лицамъ напоминать совершающимъ акты о факультативныхъ, *необязательныхъ непремѣнно* составныхъ частяхъ сдѣлки (ст. 64, прил. къ ст. 708; въ изд. 1900 г. исключ.).

Мы разумѣемъ, однако, не этотъ широкій смыслъ условія, а *его технический смыслъ, внѣшняго, не принадлежащаго къ составу сдѣлки, неизвѣстнаго въ данный моментъ, будущаго* событія, отъ наступленія или ненаступленія коего ставится въ зависимость дѣйствіе юридической сдѣлки (conditio въ тѣсномъ смыслѣ, хотя и въ латинской терминологіи тотъ же терминъ употребителенъ и въ широкомъ смыслѣ).

Нѣтъ никакого сомнѣнія, что ни наше законодательство, ни наша практика, внѣ указанныхъ выше категорій сдѣлокъ (quae diem vel conditionem non recipiunt), отнюдь не противятся введенію въ составъ сдѣлокъ этого элемента, такъ сказать, посторонняго для ихъ необходимаго обязательнаго юридическаго содержанія. Въ этомъ смыслѣ законъ нашъ совершенно вѣрно отмѣчаетъ свойство *условія* какъ *произвольнаго* элемента въ составѣ сдѣлки (ст. 1428 т. Хч. I).

Но ученіе объ условіи и срокѣ принадлежитъ къ числу совершенно неразработанныхъ, точнѣе, неразработанныхъ *самостоятельно* ни въ нашей, ни въ одной изъ западныхъ современныхъ системъ. Своимъ богатѣйшимъ развитіемъ оно обязано системѣ позднѣйшаго латинскаго права и латинской классической юриспруденціи. Основу для этого дала не простая склонность къ тонкой разработкѣ трудныхъ техническихъ проблемъ, не схоластика, а совершенно живая черта римскаго правосознанія. Ученіе объ условіи, объ условныхъ сдѣлкахъ развилось у нихъ преимущественно въ практикѣ волеизъявленій на случай смерти, особенно легатовъ. Въ эти акты послѣдней воли, заключительныя волеизъявленія, обнимающія нерѣдко всѣ стороны цивильныхъ отношеній testator'a, всего чаще искали вносить не только неиз-

мѣнно и окончательно опредѣлившіеся приказы на случай смерти, но и такіе, которые въ могущихъ позже наступить комбинаціяхъ событій требовали какъ бы новыхъ рѣшеній съ его стороны и приходили, такъ сказать, въ новыя сочетанія съ волей, какъ-будто еще продолжавшей жить и обнаруживаться. Очевидно, рельефно выразившаяся въ системѣ цивильныхъ правоотношеній правоспособная личность неохотно уступала и самой смерти извѣстную законную сферу своего вліянія на дѣла людей. Юриспруденція относилась къ этой чертѣ національнаго характера латинскаго общества съ величайшей любовью, тщательнымъ вниманіемъ и изученіемъ. На этой почвѣ развилась богатая казуистика условныхъ сдѣлокъ. Этой почвой она, однако, не ограничивалась даже у римлянъ. Въ рецепированной системѣ не чувствуется болѣе этотъ жизненный стимулъ, подъ дѣйствіемъ котораго опредѣлилась практика условныхъ сдѣлокъ, и на всемъ ученіи о ихъ строеніи лежитъ совсѣмъ иной духъ, иная сфера примѣненія въ условіяхъ вялаго средневѣкового обмѣна, выжидательныхъ, часто поневолѣ, притязаній и разсчетовъ. На всей конструкціи замѣтна схоластическая и безжизненная постановка всего ученія. Любопытна непредумышленная и этимъ выдающая себя систематическая позиція, которую нынѣшніе пандектисты обыкновенно отводятъ условной сдѣлкѣ въ общемъ ученіи о сдѣлкахъ. Условной сдѣлкѣ и условію даютъ смыслъ *самоограниченія воли*. Нельзя себѣ представить ничего болѣе обличительнаго! Въ грамматическомъ смыслѣ это, быть можетъ, и вѣрно, ибо я хочу *только при данномъ условіи*, стало быть, не безусловно и не во всякомъ случаѣ. Но какое это узкое разумѣніе дѣла! Оно должно было явиться именно какъ результатъ оторваннаго отъ живой почвы изученія явленія, которое его высушиваетъ, стерилизуетъ, налагаетъ печать мертвящаго догматизма.

Что сдѣлалъ изъ этого схоластическаго разумѣнія геніальный толкователь духа римскаго права Рудольфъ Іерингъ? Поставивъ *условіе* опять въ связь съ подлинной почвой первоначальнаго образованія этого явленія, онъ увидѣлъ въ немъ вовсе не самоограниченіе воли, а наоборотъ, всю мощь ея развитія. Условіе, говоритъ онъ, открываетъ сторонамъ возможность *подчинить себѣ будущее вмѣсто того, чтобы себя ставить отъ него въ зависимость* (Geist, § 53). Недаромъ римляне ставили признакъ событія *въ будущемъ*, какъ существенный для понятій условія (прим. 208). На этомъ зиждется *польза и смыслъ условія въ гражданскомъ обмѣнѣ*. Только въ немъ мы находимъ средство захватить въ сферу нашего юридическаго владычества то, что для

этой минуты представляетъ собою одну только возможность, и притомъ захватить такъ, какъ-будто эта возможность уже стала дѣйствительностью (§ 53).

Несомнѣнно, что именно въ этомъ осложненіи состава сдѣлки *фактическими моментами*, отражающими движеніе нашей воли, ея мотивовъ, цѣлей, разсчетовъ, мы неизмѣримо ближе подойдемъ къ ея дѣйствительнымъ процессамъ, чѣмъ при наличности общаго шаблона сдѣлки съ ея разъ навсегда установившимся юридическимъ каузальнымъ формализмомъ.

Современные кодексы, всѣ, кромѣ нашего, останавливаются съ большимъ вниманіемъ на этомъ мущественномъ юридическомъ способѣ *расширить дѣйствіе* юридическихъ волеизъявленій на сферу дѣловыхъ правоотношеній не только наличныхъ, но и болѣе или менѣе отдаленныхъ (Code civil art. 1168—1185; Герм. Гр. Улож. 158—164). Натурально, вездѣ въ новой юриспруденціи этотъ техническій пріемъ построенія юридической сдѣлки представляетъ собою *не національное достояніе* того или другого мѣстнаго права, *а общее*, для всѣхъ, кто умѣетъ имъ пользоваться, доступное богатство латинской юридической техники. Такая система институтовъ и сдѣлокъ, которая вообще не богата разнообразіемъ юридическихъ средствъ для живого отраженія волеизъявленій въ области сдѣлокъ, могла бы въ особенности искать обогащенія въ этихъ рессурсахъ; но искать ихъ надо въ самомъ источникѣ, а не въ сухихъ и безцвѣтныхъ передачахъ современныхъ кодифицированныхъ системъ. Въ дальнѣйшемъ мы вовсе обойдемъ ученіе объ условіи, для коего подлинной почвой должны служить пандектныя ученія *).

Намъ надлежитъ здѣсь остановить больше вниманія на другомъ модалитетѣ сдѣлки, имѣющемъ нѣкоторое родство съ условіемъ. Это еще болѣе чуткая *къ внутреннему процессу образованія волеизъявленій форма.* Виндшейдъ находитъ, и очень справедливо, что самое условіе, какъ элементъ строенія волеизъ-

*) Обширное изложеніе всего ученія чисто-латинскаго происхожденія см. въ указан. выше сочиненіи Эннекцеруса § 18 (стр. 171 и слѣд.); дѣйствіе условія и срочной сдѣлки § 33 (стр. 305); для тестаментарн. распоряженій стр. 393 и слѣд. Заключеніе § 79. Проектъ 5-ой кн. нашего Гражд. Улож. не только не приблизился подлинному источнику этого ученія, но и существующія теперешнія переработки совершенно исказилъ, выбросивъ признакъ событія *будущаго*, столь характерный для понятія условія (см. мое Пособіе о вып. II, стр. 61 прим.). Это обстоятельство относится къ 1899 г., когда появился проектъ книги 5-ой, „Обязательство". Очевидно и здѣсь, при выработкѣ Общихъ Положеній, пришлось опять взяться за ученіе объ условіи въ составѣ сдѣлки, какъ выше при обработкѣ ученія объ ошибкѣ (см. выше, стр. 737 примѣч.). „Объясненія" къ Общ. Положеніямъ приподнимаютъ намъ немного завѣсу, скрывающую дебаты по ученому предмету *о существенныхъ для понятія условія признакахъ*. Начавъ съ учебника Мейера, составленнаго, какъ извѣстно, не всегда съ доста-

явленій, образуется не вдругъ, что есть нѣчто ему предшествующее въ процессѣ его образованія. Чтожъ это собственно будетъ? Вотъ съ этого и начинаются техническія трудности въ разработкѣ этого понятія. Виндшейдъ генетически опредѣляетъ это явленіе какъ *неразвившееся условіе*. Это тоже несомнѣнно правильно, какъ мы сейчасъ увидимъ. Самое явленіе насъ потому и интересуетъ въ особенности, что оно технически далеко не такъ разработано, какъ *условіе*. Но въ этой квалификаціи (*неразвившееся условіе*) очень мало юридической опредѣленности.

Быть можетъ, это *мотивъ* волеизъявленія, нѣчто скрытое, хотя и несомнѣнно существующее? Виндшейдъ очень близокъ къ тому, чтобы именно *внутреннему мотиву* дать, въ вопросѣ о силѣ сдѣлки, прямое юридическое значеніе. Но *скрытый*, не выраженный именно, мотивъ—это такая неуловимая вещь, что вводить его въ строеніе юридической сдѣлки значитъ подвергать силу ея совсѣмъ неюридическимъ, формально-нераспознаваемымъ, чисто случайнымъ вліяніямъ. Это несомнѣнно должно быть чѣмъ-то болѣе *яснымъ*, чѣмъ мотивъ, и Виндшейдъ находитъ для этого явленія другое названіе, die erste Absicht, стало-быть, *то, что имѣлъ въ виду* волеизъявляющій и *подъ дѣйствіемъ какихъ разсчетовъ* опредѣлилась его воля. *Психически* это очень понятно. Но мы только-что показали выше, какъ и почему этотъ, быть можетъ *подлинный*, моментъ уходитъ легко за предѣлы всякой *юридической* извѣстности. На этомъ нельзя остановиться.

Въ отличіе отъ простого мотива для этой erste Absicht нуженъ шагъ ближе *къ юридической извѣстности*, но не такой крупный и рѣшительный шагъ, какой мы дѣлаемъ, когда выражаемъ нашу волю *условно*, чтобы она или вполнѣ наступила, или вовсе не наступала. Виндшейдъ, чтобъ приблизить эту стадію развитія, это *эмбріональное состояніе* условія къ цѣли извѣстности, чтобы *проявить* его, такъ сказать, даетъ этому явленію особое имя. Это не просто только стадія развитія условія, не его зародышъ, а нѣчто все же своеобразное, и посему назвать его слѣ-

---

точной осмотрительностью слушателями покойнаго профессора, кодификаторы вспомнили объ источникахъ римскаго права, старыхъ и новыхъ кодексахъ, покоющихся на этой классической основѣ, и не отвергая, что „ученые писатели обыкновенно требуютъ, чтобы событіе, коимъ обусловливается послѣдствія договора, было непремѣнно *будущее*“ *поставили* эту проблему *на голоса*, совсѣмъ по образцу знаменитаго Citirgesetz'а временъ Ѳеодосія II и Валентиніана III и *большинствомъ голосовъ* рѣшили вычеркнуть разъ навсегда признакъ *событія будущаго* изъ понятія условія для новаго кодекса, какъ подобаетъ настоящимъ респондирующимъ юрисконсультамъ (см. указ. „Объясненія“, стр. 217—220). Аргументація большинства („покупка товара подъ условіемъ, если онъ окажется сходнымъ съ образцами“, стр. 220) въ самомъ дѣлѣ можетъ дать творцамъ *новаго ученія* притязаніе на безсмертіе!

дуетъ *особымъ терминомъ*. Это, по Виндшейду, *Voraussetzung*— предположеніе. Тутъ какъ будто уже значительная мѣра извѣстности, какъ въ латинской praesumtio, напримѣръ. И въ этомъ смыслѣ нельзя бы не одобрить идеи Виндшейда. Нѣтъ сомнѣнія, что волеизъявленія совершаются постоянно *въ предположеніи* чего-либо. Но Виндшейдъ, къ сожалѣнію, далъ этому понятію такое широкое толкованіе, что въ область *такихъ* предположеній легко ввести и чисто внутренніе моменты процесса образованія воли (для силы сдѣлки *ничего незначущія* річи), и чисто внѣшніе юридическіе каузальные моменты сдѣлокъ.

Заслуги Виндшейда по разработкѣ источниковъ несомнѣнны и до сихъ поръ сохраняютъ свою цѣну. Но обращаясь именно къ классической литературѣ, мы спрашиваемъ, дано ли тамъ этому любопытному явленію въ составѣ сдѣлки, которое не есть ни только мотивъ, ни внутренній необходимый для состава сдѣлки ея элементъ, ни внѣшній для нея придатокъ, каково условіе, дано ли въ источникахъ этому явленію *особое наименованіе?* Въ классической литературѣ для этого явленія мы находимъ общее наименованіе *modus* *). Если для условія нормальная грамматическая форма есть si..., то для modus это будетъ ut..., хотя надежнымъ для юридическаго различенія этихъ явленій этого признака назвать нельзя. Но что же это за наименованіе, имѣетъ оно ближайшее отношеніе къ содержанію, къ дѣйствію такого осложненія сдѣлки въ смыслѣ юридическомъ? Всего меньше! Оно имѣетъ массу приложеній. Это *и мѣра, и способъ и предположеніе* (см. s. v. modus въ Handlexikon Heumann'a, 7-е изд. Thon'a. 1891 г.). Передать сколько-нибудь точно и опредѣленно въ технически-юридическомъ смыслѣ этого слова совсѣмъ нельзя. Навязывать ему строго-установившійся смыслъ было бы насиліемъ. Въ этой *обширности примѣненія* и *незаконченности образованія* явленія именно и лежитъ характерная для него черта. И есть ли въ самомъ дѣлѣ необходимость давать каждому явленію въ составѣ сдѣлки непремѣнно заранѣе опредѣленный юридическій чеканъ, заранѣе вырабатывать для него готовый шаблонъ? Въ этомъ ли заключается назначеніе условія и другихъ модалитетовъ въ составѣ сдѣлки? Чѣмъ больше здѣсь простора, чѣмъ гибче форма, тѣмъ удобнѣе въ неотвердѣвшихъ еще формахъ выразить любыя сочетанія въ составѣ волеизъявленія.

Нѣтъ сомнѣнія, что многіе неустановившіеся первоначально

*) De conditionibus et demonstrationibus, et causis, *et modis* eorum, quae in testamento scribuntur (Dig. кн. 35 тит. 1). De his quae *sub modo* legata (C. 6.45.). De donationibus quae *sub modo* (тамъ же 8.54.).

элементы строенія сдѣлки современемъ отвердѣвали, входили въ ея составъ какъ существенные, необходимые для извѣстнаго типа признаки. Но потребности цивильнаго обмѣна никогда не находятся въ состояніи застоя, и послѣ того, какъ состояніе броженія въ извѣстной сферѣ правоотношеній прекратилось, и мы получили опредѣленныя для этой сферы отношеній устойчивыя понятія и типы, состояніе того же броженія, той же неустойчивости обнимаетъ дальнѣйшую сферу отношеній. Въ этомъ несмолкающемъ творчествѣ насъ занимаютъ не одни только его результаты, а на ряду съ этимъ и самое движеніе, самый процессъ образованія, само неустойчивое состояніе элементовъ, ихъ броженіе...

Задача развитой юриспруденціи не въ томъ только, чтобъ налагать грубыя разграничительныя линіи, печать формальной извѣстности на любыя явленія, хотя бы далеко еще не опредѣлившіяся окончательно. Мы знаемъ въ исторіи латинской системы такія сочетанія фактическихъ элементовъ строенія сдѣлки, которыя не допускаютъ дать этимъ сочетаніямъ *техническаго наименованія*, и они отличаются отъ другихъ сочетаній именно тѣмъ особымъ признакомъ, что ихъ нельзя опредѣлить ни однимъ изъ многочисленныхъ терминовъ, выработанныхъ для завершившихся въ своемъ образованіи типическихъ сдѣлокъ. Это contractus *innominati*, всѣ вмѣстѣ не носящіе никакого техническаго названія, хотя построеніе ихъ въ эпоху Лабеона опредѣлилось уже настолько, что они были зачислены въ опредѣленныя категоріи или типы сочетаній (do ut des, do ut facias и проч.), и для процессуальнаго осуществленія порождаемыхъ ими юридическихъ отношеній были разработаны соотвѣтствующія исковыя формулы (condictiones, actiones praescriptis verbis), образуемыя изъ сопоставленія фактическихъ данныхъ. Нѣчто подобное мы наблюдаемъ и въ томъ что латинская терминологія обозначаетъ общимъ образомъ въ понятіи modus. Здѣсь такъ же трудно найти технической терминъ для всей области явленій, сюда принадлежащихъ, какъ и въ латинскихъ инноминатконтрактахъ. Разница въ томъ, что тамъ опредѣлялся весь *составъ двусторонней сдѣлки заново*, Это былъ цѣлый циклъ новообразованій въ системѣ контрактовъ. Гдѣ идетъ рѣчь о *modus*, тамъ, какъ и въ *условіи*, къ типу сдѣлки *уже совершенно готовому*, отвердѣвшему, присоединяется нѣкоторый фактическій моментъ, который не даетъ новаго типа, а лишь *видоизмѣняетъ* содержаніе и эффектъ волеизъявленія наличной сдѣлки.

Юриспруденція и здѣсь не въ правѣ ограничивать составъ

сдѣлки разъ навсегда опредѣлившимися ея очертаніями. Развитая техника должна и тутъ умѣть отмѣчать не однѣ основныя черты, но и тонкіе нюансы волеизъявленій, способные возможно ближе, вѣрнѣе отражать подлинное направленіе воли и ея изгибовъ. Гдѣ система опредѣлившихся типовъ сдѣлокъ необильна, даже скудна, какъ напр. въ нашемъ законодательствѣ, тамъ это умѣнье еще цѣннѣе, чѣмъ при богато развитой системѣ сдѣлокъ разнообразныхъ типовъ.

И такъ, особое свойство modus'a въ томъ, что мы *присоединяемъ* къ сдѣлкѣ опредѣлившагося состава такой *оттѣнокъ* волеизъявленія, который не мѣняетъ типическаго свойства сдѣлки, не дѣлаетъ ее сдѣлкой другого типа, а лишь *видоизмѣняетъ* ее въ той или другой степени, именно точнѣе опредѣляетъ направленіе, тенденцію волеизъявленія.

Покуда, стало-быть, латинскій терминъ modus нельзя не признать удачнымъ при всей его многосодержательности. Если бы этому нюансу, *модалитету* въ составѣ волеизъявленія, желательно было дать больше силы, рѣзче, настойчивѣе его выразить, то, быть можетъ, пришлось бы преобразить эту сдѣлку въ другую, измѣнить ея основныя черты. Въ *модалитетѣ* волеизъявленія мы именно даемъ только оттѣнокъ, только особый изгибъ того же волеизъявленія именно вотъ въ этомъ случаѣ, у даннаго лица, въ данномъ правоотношеніи. Тутъ очень легко перейти черту должнаго, и чтобъ избѣгнуть недостаточной опредѣленности этого нюанса, излишне настоять на немъ и этимъ исказить подлинное назначеніе такихъ модалитетовъ въ составѣ сдѣлки. Нѣкоторая незаконченность тенденціи, направленія воли, въ *юридическомъ смыслѣ* будетъ, конечно, всегда имѣть свои невыгодныя стороны, но вмѣстѣ съ этимъ дастъ возможность облекать въ образъ *модалитета юридической сдѣлки* такія волеизъявленія, которыя иначе, быть можетъ, вовсе не вошли бы въ сферу юридическихъ проблемъ. Чтобъ сдѣлать болѣе осязательными эти мысли, мы освѣтимъ ихъ примѣрами.

Вы за службу получаете въ извѣстной провинціи доходный земельный участокъ. Это несомнѣнное *пожалованье*. Вся сдѣлка носитъ именно этотъ несомнѣнный характеръ квалифицированнаго *даренія*. Но если дареніе такихъ недвижимостей дѣлается служилымъ русскимъ людямъ въ провинціяхъ присоединенныхъ, гдѣ болѣе или менѣе слабо сознаніе связи съ центромъ, то пожалованіе такого рода обыкновенно принимаетъ специфическій видъ даренія sub modo, *съ тѣмъ, чтобы* пожалованный *вступилъ въ сословіе дворянъ той губерніи и уѣзда, гдѣ имѣніе находится, пользовался*

предоставленнымъ имъ правомъ какъ по выборамъ, такъ и во всѣхъ другихъ отношеніяхъ, *управлять имѣніемъ лично* и по возможности *имѣлъ въ ономъ свое пребываніе* (т. X, ч. 1, ст. 495 и 506). Другой примѣръ. Я отказываю мою вотчину такую-то моей дочери N *съ тѣмъ, чтобы* она не только дала пожизненный пріютъ моимъ бывшимъ слугамъ, но и похоронила ихъ рядомъ съ могилами ихъ близкихъ. Еще примѣръ. Я дарю N мой домъ *съ тѣмъ, чтобы* онъ усыновилъ оставшагося сиротой моего молочнаго брата.—Или: я оставляю С моимъ единственнымъ наслѣдникомъ *съ тѣмъ, чтобы* онъ исходатайствовалъ присоединеніе къ своей фамиліи моей, которой я былъ послѣднимъ представителемъ. Наконецъ, образецъ постоянно повторяющихся въ старой практикѣ нашихъ духовныхъ грамотъ распоряженій: вотчину нашу старинную (имярекъ) отказываю такому-то монастырю *на вѣчный поминъ* душъ родителей моихъ, братьевъ и моей *).

Возможно представить себѣ массу такого рода приказовъ самаго разнообразнаго содержанія (*съ тѣмъ, чтобы* сынъ мой издалъ послѣ моей смерти сочиненія, поддерживалъ въ имѣніи, которое идетъ ему сверхъ доли братьевъ изъ состава наслѣдства, заведенную мною культуру растеній, породъ скота, птицы и проч. **).

По сущности своей это всегда *только модалитетъ* волеизъявленія въ составѣ вполнѣ опредѣленной въ юридическомъ смыслѣ сдѣлки. Нѣтъ надобности прибавлять, что, захватывая въ сферу *юридическаго* воздѣйствія задачи, иначе неподлежащія этому вліянію, разбираемая форма не допускаетъ волеизъявленій характера безнравственнаго, противнаго соціальному или правовому сознанію. Точно также модалитета сдѣлки *юридической* не могутъ составлять чисто-моральныя наставленія или совѣты, которыми субъектъ сдѣлки думалъ бы осложнить свое волеизъявленіе.

Наши юристы употребляютъ для опредѣленія этого явленія въ составѣ сдѣлки разныя техническія названія. Прежде всего переводный съ нѣмецкаго терминъ *возложеніе* (Auflage). Это совершенно искусственное выраженіе, которое едва ли когда способно привиться къ русской рѣчи. Весь смыслъ нѣмецкаго под-

*) См. особенно П. И. Бѣляева. Анализъ нѣкоторыхъ пунктовъ древнерусскаго завѣщанія. Москва. 1897 г., стр. 67 и слѣд., стр. 69, 70, 71, 80 и 86 (примѣч. 3). Тоже почтенный трудъ г. Руднева О духовн. завѣщ. по рус. гражд. пр. въ истор. развитіи. Кіевъ 95 г., особ. стр. 91, 117, 122, 181.

**) Въ распоряженіяхъ такого характера всегда будетъ много спорнаго. Сверхъ указан. выше писателей, особенно Виндшейда и Ленеля, см. освѣщеніе вопроса и критику ученія Виндшейда особенно у Bekker'a System d. heut. Pand. rechts § 118, Beil I и II, стр. 364—367 и § 119, Beil I и II, и въ указан. выше ст. Ленеля (Civ. Arch. LXXIV, стр. 225, рядъ примѣровъ).

линника въ томъ, что модалитеты волеизъявленій указаннаго типа обыкновенно содержатъ *приказъ* или *наказъ* дестинатарію сдѣлки совершить что-либо, *налагаютъ на него, стало-быть, обязанность* (*урокъ* въ старину; у франц. donation avec charges). Легальный терминъ есть *условіе* (ст. 976), *назначеніе* (1092), *цѣль, способъ употребленія* пожертвованнаго (1094). Нѣкоторыя изъ этихъ выраженій совершенно пригодны для опредѣленія свойства распоряженія. Но едва-ли какое изъ нихъ такъ вѣрно въ общемъ смыслѣ оттѣняетъ ту отличительную черту разсматриваемаго придатка, какъ латинское—*modus*, ибо въ немъ видна та существенная для юридической природы этого именно придатка черта, что *основное волеизъявленіе въ составѣ сдѣлки остается тѣмъ же*, какимъ было, лишь съ нѣкоторымъ модалитетомъ, съ нѣкоторымъ нюансомъ въ цѣляхъ, въ направленіи его для даннаго случая. Найти въ нашемъ обиходѣ терминъ въ такомъ же опредѣленномъ и общемъ примѣненіи едва-ли возможно, потому въ особенности, что характерный латинскій терминъ выработали въ виду твердо установившихся типовъ сдѣлокъ съ ихъ точно опредѣленнымъ каузальнымъ составомъ, съ одной стороны, и технически выработаннымъ понятіемъ *условія*—съ другой, чего въ нашей системѣ нельзя найти *).

Чтобъ установить собственно юридическую природу этого явленія въ отличіе отъ другихъ подобныхъ или близкихъ, надо имѣть въ виду слѣдующіе моменты:

1. Модалитеты волеизъявленій вводятся *обыкновенно* въ составъ сдѣлокъ дарственныхъ, особенно *даренія и легата*. Здѣсь собственно выработалось своеобразное значеніе этого вида придатковъ къ волеизъявленію, хотя нѣтъ ничего невозможнаго въ присоединеніе ихъ и къ другого рода сдѣлкамъ.

2. Указанная связь такъ называемыхъ наказовъ или возложеній со сдѣлками дарственными потому *нормальна*, что *обязывающая сила* такого модалитета заключается главнымъ образомъ *въ дарственномъ характерѣ основного волеизъявленія*, въ предоставленіи одаряемому всѣхъ средствъ выполнить связанный съ дареніемъ наказъ или урокъ.

3. Содержаніе наказа составляетъ обыкновенно со стороны пріемлющаго даръ какое-либо *дѣйствіе*, совершеніе котораго ста-

---

*) Названіе *условія* употребляется у насъ въ самомъ разнообразномъ примѣненіи, и необходимыхъ составныхъ частей сдѣлки, и произвольныхъ къ ней присоединяемыхъ осложненій, иногда очень близко къ модалитету волеизъявленія, чаще для обозначенія самой сдѣлки, взамѣнъ слова *актъ* (см. т. X ч. 1 ст. 937—939, 1464, 1540 и особенно Гожева и Цвѣткова. Указатель s. v. Условіе).

новится для него обязательнымъ съ того времени, какъ онъ началъ пользоваться выгодной стороной сдѣлки.

4. Выполненіе наказа или урока *не составляетъ эквивалента* выгодъ, которыя пріобрѣтаетъ дестинатаръ, ибо тогда вся сдѣлка легко переходила бы въ другой типъ, не дарственнаго, а возмезднаго характера, съ несравненно болѣе надежнымъ по свойству принудительности, *юридическаго* напряженія, эффектомъ, въ куплю-продажу, наемъ, безъименный контрактъ и проч.

5. Самое содержаніе наказа можетъ не имѣть никакой рыночной цѣны и представлять собою простой актъ піетета, уваженія къ личности, къ памяти волеизъявляющаго, подобно встрѣчающемуся въ классическихъ источникахъ потестативному условію, носящему характеръ простой покорности волѣ завѣщателя (ut testamento pareatur v. Vangerow Lehrb., II § 435; лишь бы это не были такъ назыв. nuda praecepta см. выше Рудневъ, стр. 91).

6. Наказъ можетъ носить характеръ близкаго *къ условію* осложненія состава сдѣлки. Модалитетъ волеизъявленія имѣетъ нѣкоторыя черты сходства въ условіемъ потестативнымъ, когда такое условіе суспендируетъ эфектъ волеизъявленія. При такомъ составѣ условія субъектъ сдѣлки, очевидно, тоже имѣетъ въ виду *побудить дестинатара* къ совершенію извѣстнаго дѣйствія, къ выполненію его наказа или урока. Это тоже какъ бы *предположеніе* (по Виндшейду) волеизъявленія, ненаступленіе коего лишаетъ сдѣлку ея эфекта. Разница, однако, видна *въ меньшей степени принудительности*, юридическаго напряженія, при модалитетѣ, чѣмъ при суспензивномъ условіи. При суспензивномъ условіи дестинатаръ сдѣлки находится *въ ожиданіи*, покуда не совершитъ своего урока по наказу волеизъявляющаго. При модалитетѣ ему сдѣланы впередъ всѣ авансы. Онъ уже принялъ дареніе, пользуется легированнымъ имуществомъ. Не онъ ждетъ наступленія эфекта сдѣлки, а *отъ него ждутъ* выполненія наказа. Виндшейдъ былъ вправѣ сказать, что здѣсь неразвившееся условіе въ томъ точномъ смыслѣ, что присоединенный къ составу сдѣлки modus *далеко не столь интензивно* вліяетъ на эфектъ сдѣлки, какъ подлинное суспензивно-потестативное условіе и какъ условіе вообще.

Въ виду этого будетъ вполнѣ правильно къ спорнымъ случаямъ, гдѣ неясно, какой характеръ должно имѣть волеизъявленіе, условнаго, или сдѣланнаго sub modo, примѣнять общій принципъ in rebus dubiis въ пользу меньшаго, т.-е. въ пользу простого модалитета, а не условности сдѣлки (in dubiis benigniora praeferenda sunt. L. 55 de R. I).

7. Можетъ казаться страннымъ, что лицо, желая достигнуть цѣли, прибѣгаетъ не къ тому средству, которое всего вѣрнѣе приведетъ къ ней, а къ другому, *менѣе надежному*. Даритель или завѣщатель sub modo не только побуждаетъ къ выполненію своего наказа, но даетъ всѣ средства для этой цѣли, и вмѣсто повелительнаго отношенія къ дестинатару ставитъ себя скорѣе въ отношеніе прекарное, съ оттѣнкомъ довѣрчивости, разсчета, прежде всего, на его добрую волю. Чѣмъ это объяснить? Это объясняется, несомнѣнно, тѣмъ кругомъ интересовъ, на огражденіе коихъ разсчитана эта форма волеизъявленія и этотъ составъ сдѣлокъ. *Нельзя и нежелательно вынуждать юридическими средствами* патріотическаго настроенія, религіозныхъ чувствъ, уваженія къ памяти умершаго, любви къ дѣлу, предпріимчивости, которыя необходимы, чтобы побудить къ выполненію наказовъ, взятыхъ нами выше въ примѣръ для освѣщенія особаго характера распоряженій, не входящихъ въ составъ сдѣлки, не дѣлающихъ ее условною и образующихъ *только модалитетъ* волеизъявленія.

8. Составляетъ ли, однако, эта форма волеизъявленія sub modo *безсильный въ юридическомъ смыслѣ придатокъ* сдѣлки, *ничего*, въ смыслѣ права, *незначущія рѣчи*, или заинтересованный даритель, наслѣдникъ, третьи лица, для коихъ небезразлично выполненіе или невыполненіе *наказа*, могутъ настаивать на выполненіи обязательнаго для дестинатара дѣянія, возложеннаго на него этимъ наказомъ?

Далеко не всегда нарушеніе закона или невыполненіе обязательства влечетъ за собою необходимо ничтожество всей сдѣлки. Однако, нормально, недобросовѣстная эксплуатація чужого довѣрія влечетъ за собою хотя менѣе рѣшительно, но все же юридическія понудительныя послѣдствія, цѣль коихъ настоять на выполненіи принятаго на себя, цѣною явныхъ выгодъ, обязательства. Основаніемъ такого требованія для заинтересованнаго будетъ служить *недобросовѣстность* въ исполненіи принятаго на себя обязательства, а критеріемъ для опредѣленія послѣдствій такой недобросовѣстности судомъ будетъ если не строгое право, то начала справедливости. Въ случаѣ, который мы здѣсь разбираемъ, есть нѣкоторая *аналогія съ обратнымъ требованіемъ даренія* въ виду неблагодарности принявшаго даръ.

Утверждать, что во всѣхъ случаяхъ невыполненія наказа должно имѣть мѣсто требованіе возврата всего дара или всѣхъ выгодъ, предоставленныхъ основной сдѣлкой, за невыполненіе какого-либо модалитета въ волеизъявленіи, было бы ошибкой. Въ вопросахъ такого неустойчиваго характера, какъ разсматриваемый нами

здѣсь, не можетъ быть ничего фальшивѣе примѣненія одной мѣрки, одного шаблона къ любымъ комбинаціямъ. Въ этомъ смыслѣ мы и указываемъ для выхода изъ осложненій необходимость всякій разъ индивидуальнаго изслѣдованія случая, отношеній лицъ, отношеній модалитета къ главной сдѣлкѣ, словомъ, примѣнительности, что мы и выражаемъ въ нашемъ *требованіи началъ справедливости, а не строгаго права*, какъ мѣрила для опредѣленія послѣдствій невыполненія наказа въ составѣ безмездной сдѣлки.

Новый нѣмецкій кодексъ знаетъ понятіе Auflage только въ составѣ дарственныхъ сдѣлокъ между живыми (art. 525) и въ распоряженіяхъ на случай смерти (art. 1940 и рядъ другихъ).

Наше законодательство подходитъ очень близко къ вопросу въ двухъ статьяхъ о дареніи. Ст. 976 постановляетъ: если даръ учиненъ подъ условіемъ, и условіе со стороны получившаго даръ не исполнено, то даръ возвращается. Едва ли было бы правильно толковать здѣсь условіе въ узко-техническомъ смыслѣ, строго отличномъ отъ возложенія или урока. Въ отдѣльныхъ случаяхъ волеизъявленій въ нашей практикѣ навѣрное нѣтъ никакой возможности дать *условію* тотъ именно точный смыслъ, какой даютъ ему нынѣшніе нѣмецкіе пандектисты и какого оно не всегда имѣло даже въ латинскихъ источникахъ. А въ такомъ случаѣ, конечно, невыполненіе *условія* и его послѣдствія могутъ быть примѣнены и къ невыполненію того, что мы называемъ урокомъ или возложеніемъ (ср. особенно по Гаугеру указанія на кассац. практику). Ст. 974 сверхъ того допускаетъ требованіе возврата даренія, когда одаренный *вообще* окажетъ *непочтеніе* дарителю. Связанныя съ актами завѣщательными весьма обычныя въ нашей практикѣ возложенія мы пытались выше освѣтить историческими примѣрами (см. указанія на работы П. И. Бѣляева), и едва ли было бы правильно теперешнюю практику завѣщаній ограничить одними *условными* волеизъявленіями, отнюдь не допуская въ ихъ составъ иныхъ модалитетовъ волеизъявленія.

Натурально, для примѣненія началъ справедливости къ разсматриваемымъ проблемамъ было бы далеко недостаточно повсюду практиковать только возвратъ дареній sub modo, а не иныя, болѣе подходящія къ случаю средства воздѣйствія на недобросовѣстнаго пріобрѣтателя, чтобы понудить къ выполненію имъ *назначеній* (стр. 1096), *возложеній*, *наказовъ*, *уроковъ*, добровольно имъ на себя принятыхъ *).

---

*) Виндшейдъ § 99. См. на ряду съ этимъ очень цѣнныя положенія Нѣм. Гр. Улож. въ ст. 525, 1940, особ. 2193—2195.

2) *Другой вопросъ* *), подлежащій здѣсь же нашему разсмотрѣнію, касается природы сдѣлки, *матеріальной или абстрактной*. Мы уже отчасти коснулись выше (стр. 702, 703) этого любопытнаго различія ихъ стилей. Но не установивъ предварительно, съ возможной въ краткомъ очеркѣ точностью, понятія *юридической каузальности* въ составѣ сдѣлки, намъ было трудно ближе подойти къ указанному различію ихъ строенія. Мы знаемъ теперь, что *выраженная въ составѣ сдѣлки основа или цѣль* волеизъявленія очевиднымъ образомъ опредѣляетъ ея типическій характеръ, ея постоянное, неизмѣнное *юридическое* содержаніе. Это будетъ одна изъ многочисленныхъ именованныхъ сдѣлокъ или это будетъ вполнѣ опредѣлившееся каузальное сочетаніе безъ ходячаго общепринятаго наименованія. Общее свойство тѣхъ и другихъ сдѣлокъ будетъ заключаться въ томъ, что ихъ строеніе есть *неизмѣнное, постоянное*, точнѣе, *матеріально* характеризованное. Это будетъ купля, дареніе, уплата, заемъ и проч. Такой постоянный характеръ допускаетъ лишь незначительныя колебанія и приближенія къ особымъ намѣреніямъ сторонъ для даннаго случая въ видѣ условія, срока и проч. Это шагъ ближе къ дѣйствительному, фактическому содержанію воли въ составѣ сдѣлки.

Практика юридическая, на ряду съ этимъ *приближеніемъ* строенія сдѣлки матеріальнаго характера къ дѣйствительному содержанію воли, знаетъ совершенно противуположный пріемъ построенія сдѣлокъ, и это будетъ, именно, возможное *удаленіе* состава сдѣлки не только отъ естественной причинности волеизъявленія, но *даже отъ тѣхъ видовъ выраженной въ составѣ сдѣлки юридической каузальности, о коихъ мы до сего говорили.*

Если мы называемъ сдѣлку купли, уплаты, займа *матеріально опредѣленной*, то, натурально, сдѣлку, въ которой воля не поставлена въ связь съ опредѣленной матеріально причиной или цѣлью, мы правильно обозначимъ этимъ отрицательнымъ признакомъ *отрѣшенности, абстрактности* ея состава отъ какой-либо выраженной въ немъ матеріальной причины или цѣли.

Нѣтъ сомнѣнія, что первая категорія сдѣлокъ есть по внутреннему ея составу, по выраженному въ ней содержанію воли болѣе близкая къ дѣйствительности, въ этомъ смыслѣ *болѣе естественная*; вторая — болѣе далекая отъ дѣйствительности, болѣе *искусственная*, формальная.

Это противуположеніе состава волеизъявленія встрѣчается не въ однѣхъ сдѣлкахъ, но и въ законѣ, напр., гдѣ тоже въ составѣ

*) См. выше стр. 697.

нормы можетъ быть болѣе или менѣе выражена или ясно чувствоваться связь, положимъ, запрещенія съ его мотивомъ или съ его цѣлью; но эта связь можетъ быть и совершенно скрыта. Въ послѣднемъ случаѣ это *формальный* запретъ съ указанными, быть можетъ, для нарушителя послѣдствіями, но безъ указанія какихъ-либо соображеній и разсчетовъ, руководившихъ волею законодателя. Подъ страхомъ штрафа воспрещается движеніе по такимъ-то мѣстамъ, ношеніе такихъ-то знаковъ... Насъ здѣсь интересуютъ только *сдѣлки*.

По отношенію къ этому различію состава сдѣлокъ и стилю ихъ конструкціи французскій кодексъ ставитъ категорическія положенія, какъ будто вполнѣ опредѣляющія существо дѣла. Обязательство, не имѣющее никакой каузальной основы (sans cause), или построенное на ложномъ или противномъ закону основаніи, неспособно произвести никакого дѣйствія (art. 1131). *Сила соглашенія* (convention) *не умаляется, хотя бы каузальная его основа осталась невыраженною.* La convention n'est pas moins valable quoique la cause n'en soit pas exprimée (1132). Все дѣло, однако, въ томъ, какъ истолковать это положеніе для природы и построенія юридической сдѣлки *).

Французское право широко примѣняетъ абстрактную методу построенія сдѣлокъ за предѣлами однихъ имущественныхъ договоровъ. Возьмемъ для примѣра разводъ (divorce). Code Napoléon зналъ двѣ категоріи основаній развода (causes du divorce). Одну составляли такъ называемыя *causes déterminées* (adultère, excès, sévices, injures graves, condamnation à une peine afflictive et infamante); другую категорію составляли тоже, несомнѣнно, существующія, но скрытыя, *не выраженныя*, не прецизированныя *основанія*, извѣстность коихъ замѣняетъ взаимное *формально выраженное и неизмѣнное* (mutuel et persévérant — неизмѣнность опредѣляется тоже внѣшнимъ критеріемъ) *соглашеніе развестись*. Очевидно, въ послѣдней категоріи мы имѣемъ сдѣлку отрѣшеннаго, абстрактнаго характера, съ *невыраженнымъ каузальнымъ* моментомъ. Насъ интересуетъ здѣсь не эта метода построенія сдѣлокъ любого содержанія, а именно *сдѣлокъ имущественныхъ*. — Вопросъ очень далекъ отъ того, чтобы быть безспорнымъ. Мы

*) По этому вопросу краткія указанія см. у Crome Allgemeiner Theil d. modern. französ. Privatrechtswissensch. 1892, § 31, тамъ же указ. франц. литер.; особ. Laurent Principe т. XV (№ 450 и слѣд.), XVI (№ 106, 157, 160, Zachariae (Dreyer) II стр. 455, Aubry-Rau IV, стр. 320, Demolombe 24 № 344 и слѣд. Saleilles, De la déclaration de volonté, сопоставляетъ нѣмецкую и французскую доктрину о каузальномъ моментѣ сдѣлки въ связи съ ученіемъ о недѣйствительности сдѣлки и о кондикціи. Эти сопоставленія особенно для насъ цѣнны, и мы дальше на нихъ остановимъ вниманіе.

разсмотримъ впередъ понятіе абстрактной сдѣлки какъ оно опредѣлилось въ классической системѣ и разработано современными нѣмецкими пандектистами, чтобы поставить затѣмъ на очередь и толкованіе art. 1132 C. c.

Латинская система знаетъ рядъ сдѣлокъ этого рода, договорно-вещнаго и договорно-обязательственнаго характера. Сюда подойдетъ не только traditio и stipulatio, но еще рядъ другихъ сдѣлокъ, старый nexum, mancipatio, литеральные контракты. Ihering въ своемъ Geist'ѣ разсматриваетъ абстрактное строеніе юридическаго акта съ общей точки зрѣнія *метода упрощенія фактическаго состава юридическихъ построеній* вообще, и въ небольшомъ, но изумительномъ по талантливости очеркѣ, разрѣшаетъ цѣлую массу трудныхъ проблемъ не только въ области гражданскаго, но и въ области публичнаго права, не только въ общихъ пріемахъ построенія юридическихъ актовъ, но и юридическихъ отношеній и цѣлыхъ юридическихъ институтовъ, каково, напр., понятіе юридическаго лица.

Мы не послѣдуемъ за нимъ въ эту область общихъ проблемъ юридической методологіи, юридическаго формализма въ особенности, на которомъ мы имѣли случай не разъ останавливаться въ различныхъ частяхъ нашего курса. Если задача изученія *юридическихъ абстракцій* можетъ быть сведена, съ одной стороны, къ такимъ *общимъ* вопросамъ метода, то, съ другой, она уясняется детально и вполнѣ лишь въ примѣненіи къ *отдѣльнымъ* институтамъ, въ особенности *цивильнымъ институтамъ имущественнаго обмѣна*, въ обиліи и разнообразіи коихъ только и возможно болѣе или менѣе близко освоиться со всѣми трудностями этой задачи.

Въ этихъ предѣлахъ мы и будемъ разсматривать это явленіе въ дальнѣйшемъ изложеніи.

§ 53.

Ш. Содержаніе юридической сдѣлки (продолженіе).—Сдѣлки абстрактныя или формальныя въ особенности.—Разнообразные виды и общія черты строенія.—Разныя степени отрѣшенности сдѣлки отъ каузальнаго момента.—Выгоды и опасности такихъ построеній.—Преднамѣренное разобщеніе нормальныхъ реквизитовъ волеизъявленія въ сдѣлкахъ *матеріальныхъ* (сдѣлки фидуціарныя, симулированныя и проч.).

Современное право, говорятъ намъ нѣмецкіе пандектисты, не реципировало латинской стипуляціи. Это справедливо *). Но

*) Въ юстиніановой кодификаціи далеко и не легко, особенно безъ историко-критическаго метода, возстановить подлинный стиль стараго вербальнаго контракта и тоже еще труднѣе по отношенію къ контрактамъ литеральнымъ.

было бы совершенно ошибочно заключать отсюда, что въ современномъ правѣ нѣтъ цѣлаго ряда понятій и сдѣлокъ, по особенностямъ своего строенія, по своему стилю, вполнѣ соотвѣтствующихъ существеннѣйшимъ особенностямъ латинскихъ абстрактныхъ обязательствъ. Скажемъ болѣе. Несмотря на отсутствіе рецепціи вербальнаго контракта, стипуляція, ея разнообразныя функціи въ латинскомъ обмѣнѣ, акцептиляція, служатъ до сихъ поръ и ещѣ долго будутъ служить исходнымъ, правда, только исходнымъ, а не исчерпывающимъ, моментомъ для изученія разнообразныхъ явленій теперешняго права.

На ряду съ латинской стипуляціей надлежитъ, въ смыслѣ общаго изученія явленій абстрактныхъ сдѣлокъ, поставить традицію *), которая сохранила во многомъ свои подлинныя черты и въ современномъ примѣненіи къ операціямъ договорно-вещнаго характера.

Выше мы имѣли случай указать, что элементы внутренняго формализма особенно обильны въ строеніи сдѣлокъ торговаго права (см. выше).

Въ кругу этихъ сдѣлокъ первое мѣсто принадлежитъ несомнѣнно векселю, въ строеніи и функціяхъ котораго легко указать цѣлый рядъ операцій, въ основѣ коихъ лежатъ *абстрактныя* волеизъявленія. Вексель рано развился и пріобрѣлъ колоссальное примѣненіе въ торговомъ мірѣ совершенно независимо отъ теоретическаго изученія особенностей его природы, прямо подъ вліяніемъ торговой практики. Уже въ первой половинѣ истекшаго столѣтія онъ сталъ предметомъ постояннаго изученія нѣмецкихъ ученыхъ юристовъ, частью въ связи съ латинской стипуляціей, частью независимо отъ этого прототипа абстрактнаго договора, во всѣхъ особенностяхъ опредѣляющихъ его специфическую юридическую природу **).

Примѣненіе абстрактныхъ сдѣлокъ вовсе, однако, не ограничивалось одною областью *торговыхъ* операцій.

Въ области *права общаго*, въ договорныхъ сдѣлкахъ съ вещнымъ эффектомъ въ особенности, давно отмѣчена *традиція*, по нѣкоторымъ чертамъ своего строенія и по эффекту своему во многомъ родственная стипуляціи. Въ разработкѣ вопроса объ абстрактной сдѣлкѣ и это ученіе играетъ нынѣ весьма видную роль ***).

---

*) Для традиціи въ современномъ франц. правѣ см. указан. выше сочин. Crome, стр. 301.

**) Труды Einert'a Liebe, Beseler'a, Thöl'я, Кунце, Штоббе и друг.

***) По исторіи рецепціи и обширной контроверзной литературѣ особенно Hoffmann, die Lehre v. titulus и modus acquirendi 73 г. Очень цѣнная работа по догмѣ Exner'a. О томъ и другомъ подробно въ своемъ мѣстѣ.

Но ни на какомъ явленіи вопросъ о подлинной природѣ абстрактнаго обязательства не подвергался такому тщательному, всестороннему и глубокому изученію, какъ на *договорѣ признанія, служащемъ основою обязательства.* Знаменитый трактатъ по этому предмету Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund 67 г. (2-ое изд., 1-ое въ 55 г., 3-ье изд. 1894 г.), принадлежащій первоклассному германскому юрисконсульту, ученому и практику, Оттону Бэру, продолжаетъ и нынѣ, почти полвѣка послѣ первой его публикаціи, служить центральнымъ пунктомъ изученія и контроверзъ по всѣмъ главнѣйшимъ вопросамъ строенія абстрактныхъ обязательствъ въ современномъ правѣ. Во многомъ взгляды О. Бэра остаются доминирующими, несмотря на массу сомнѣній, возраженій и споровъ, которые ими были вызваны. Никакого цѣльнаго ученія, которое способно было бы вытѣснить основоположенія ученія Бэра, мы пока не имѣемъ, и масса контроверзъ развивается больше въ виду *частныхъ приложеній* основъ этого ученія къ отдѣльнымъ явленіямъ абстрактныхъ сдѣлокъ, чѣмъ по поводу общихъ положеній, имъ выработанныхъ *).

Здѣсь опять детальное изученіе вопроса для русскихъ читателей, не владѣющихъ нѣмецкимъ языкомъ, стало возможно лишь послѣ появленія указанной выше работы г. Кривцова **). Самъ Кривцовъ все время полемизируетъ съ Бэромъ, но, какъ кажется, тоже скорѣе въ виду частныхъ проявленій и примѣненія абстрактнаго строенія сдѣлокъ къ отдѣльнымъ институтамъ, договору признанія, разсчетной сдѣлкѣ, делегаціи, разнымъ ея видамъ, а не общихъ основъ его ученія.

Въ частностяхъ возможны поправки воззрѣній О. Бэра; но въ общей постановкѣ изученія явленій абстрактнаго обязательства нельзя найти ни въ какой литературѣ ничего болѣе законченнаго и исчерпывающаго, чѣмъ это общее ученіе, творцомъ котораго является Оттонъ Бэръ. Отдѣльныя поправки его ученія дѣлались

---

*) Есть, однако, противники и всей конструкціи Бэра. Я указывалъ на это частью въ моей работѣ о стипуляціи (см. выше). Теперь слѣдуетъ имѣть еще въ виду общій трактатъ Hasenöhrl'я, австрійскаго юриста, Das oesterreichische Obligationenrecht. Erster B. (2-e Aufl.). 1892. § 37. Также указ. выше работу Кривцова и привод. имъ работу Kindel'я Das Rechtsgeschäft и sein Rechtsgrund. Berlin. 92 г.

**) Вполнѣ сдѣлать яснымъ отношенія разныхъ писателей къ Бэру можно только при детальномъ изученіи дѣла. Мы этого здѣсь не имѣемъ въ виду. Къ числу неудобствъ, которыя читатель найдетъ при пользованіи почтеннымъ трудомъ Кривцова, слѣдуетъ отнести иногда обильныя тирады прямо нѣмецкаго текста, безъ перевода на русскій. Это хорошо въ цѣляхъ точности передачи, иногда это неизбѣжно; но все же для русскаго читателя большое неудобство. Нерѣдко и русскій языкъ почтеннаго автора слишкомъ далекъ отъ желательной чистоты.

уже и будутъ еще дѣлаться; основы его несомнѣнно останутся надолго непоколебимыми.

Чтобы точнѣе выразить нашу мысль, мы позволимъ себѣ замѣтить слѣдующее. Мы видѣли выше, что сдѣлки съ установившимся, въ матеріальномъ смыслѣ, каузальнымъ составомъ могутъ быть, съ помощью различныхъ внѣшнихъ придатковъ къ волеизъявленію (условіе, modus), еще больше приближаемы къ *дѣйствительнымъ видамъ* (erste Absicht Виндшейда) сторонъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ. Отъ установившагося общаго типическаго матеріальнаго состава сдѣлки мы, такимъ образомъ, по ступенямъ, такъ сказать, спускаемся къ еще болѣе полной матеріализаціи данной сдѣлки, къ ея ближайшей, тѣснѣйшей индивидуализаціи въ каждомъ данномъ случаѣ.

Но совершенно такую же *схему* легко наблюдать и въ обратномъ направленіи. Начиная отъ простой абстракціи состава сдѣлки отъ каузальныхъ ея моментовъ, мы можемъ и всѣ другіе элементы ея строенія (объектъ, обѣщанную по существующему курсу сумму; кругъ лицъ, болѣе или менѣе широкій) тоже, какъ бы по ступенямъ, отрѣшать все больше и больше отъ всего, что ее и въ этомъ смыслѣ локализируетъ и связываетъ съ опредѣленнымъ кругомъ лицъ или вещей, возвышая ее до вполнѣ отрѣшеннаго и отъ извѣстнаго круга вещей (какой нуженъ въ традиціи) и отъ извѣстнаго круга лицъ абстрактнаго обѣщанія извѣстной суммы, и только, для круга лицъ, тоже болѣе или менѣе легко измѣнчиваго.

Въ этихъ послѣднихъ стадіяхъ возвышенія, на крайнихъ ступеняхъ абстракціи, сдѣлка несомнѣнно будетъ все же носить тожественный характеръ съ явленіями простой отрѣшенности построенія ея отъ каузальныхъ моментовъ. Изъ этого круга явленій, разныхъ, такъ сказать, вновь, легко черпать возраженія, не только противъ конструкціи Бэра, но противъ любыхъ попытокъ опредѣлить основныя особенности абстрактной сдѣлки вообще. Но такой пріемъ едва-ли будетъ правильнымъ. Обобщенія имѣютъ свою цѣну, и они вовсе не исключаютъ необходимости и достоинства изученія явленія того же типа со всѣми деталями и неизбѣжными отклоненіями отъ основныхъ линій въ частностяхъ.

Насколько эти частности могутъ видоизмѣнять природу отдѣльныхъ видовъ абстрактной сдѣлки,—это не трудно освѣтить примѣрами. Такимъ образомъ, вексель, который по своей конструкціи несомнѣнно долженъ быть причисленъ къ высшимъ типамъ абстрактныхъ построеній, вовсе *неспособенъ принять въ свой составъ каузальный моментъ*. Вексель съ этимъ придаткомъ перестанетъ быть векселемъ. Напротивъ, традиція и стипуляція *факульта-*

тивно допускаютъ въ своемъ составѣ именно каузальный моментъ. Такія эвентуальныя уклоненія отдѣльныхъ видовъ отъ типическихъ для цѣлой группы признаковъ служатъ нерѣдко источникомъ недоразумѣній.

Слѣдуетъ замѣтить, что нѣкоторые нѣмецкіе писатели допускаютъ абстрактныя сдѣлки въ сферѣ торговаго права и оспариваютъ ихъ примѣнимость для *права общаго* *). Этотъ вопросъ имѣетъ совершенно локальный интересъ, но тоже очень содѣйствуетъ развитію недоразумѣній при изученіи дѣла по существу.

Для самихъ нѣмцевъ изученіе абстрактнаго обязательства только для территоріи дѣйствія реципированнаго (римскаго) права теряетъ съ каждымъ днемъ свой смыслъ, ибо на мѣсто латинскаго права нынѣ вступаетъ въ дѣйствіе національный кодексъ. Съ другой стороны, и прежняя межа, отдѣлявшая нѣкогда сферу примѣненія общихъ институтовъ гражданскаго права отъ институтовъ права торговаго, тоже отходитъ въ прошлое.

Мѣсто этихъ только формальныхъ трудностей въ вопросѣ объ абстрактныхъ обязательствахъ занимаютъ нынѣ другія, касающіяся самаго существа дѣла.

И такъ, прежде всего спрашиваютъ, на чемъ можетъ держаться сила договора, въ которомъ не видно матеріальнаго основанія принятаго на себя промиттентомъ обязательства? Эта проблема чисто-юридическая, стоящая даже выше задачъ исключительно практическихъ, въ этомъ смыслѣ чисто-научная или философская **). Съ ней связаны не локальные только интересы, а общіе, такъ какъ *и для насъ* вопросъ о силѣ абстрактныхъ обязательствъ и объ основаніи этой силы связанъ тоже не съ однѣми торговыми сдѣлками, и самыя торговыя сдѣлки не составляютъ

*) Къ этому вопросу мы будемъ имѣть случай вернуться еще разъ позже. То, что утверждали нѣмецкіе юристы для своего *общаго права* до послѣдняго времени, можно было принять за безспорное, допуская, натурально, въ принципѣ, что *реципированное* право должно навсегда быть тѣмъ, какимъ оно опредѣлилось въ юстиніановой кодификаціи и въ итальянской рецепціи. Послѣднее принимали, однако, не всѣ нѣмецкіе юристы; прежде всего, въ разсматриваемомъ вопросѣ не принималъ этого исключительно формальнаго критерія О. Бэръ. Реципированное право тоже подлежитъ развитію, какъ всякое другое. Писателямъ прогрессивнаго лагеря совершенно основательно въ этомъ смыслѣ приписываютъ *дальнѣйшее творчество* въ сферѣ гражданскихъ институтовъ, въ чемъ они и являются настоящими продолжателями латинскаго творческаго юридическаго генія. Впереди весьма многихъ другихъ въ этомъ направленіи шелъ до конца своей славной дѣятельности О. Бэръ.—Что касается именно абстрактныхъ обязательствъ, мы видимъ ихъ широкое развитіе въ сферѣ институтовъ нѣмецкаго торговаго права и частью въ ландрехтахъ (о чемъ позже), и только въ области *права общаго* они должны были оставаться такъ же мало развитыми, какъ въ кодификаціи Юстиніана.—Насъ эта формальная сторона дѣла мало интересуетъ, но ею несомнѣнно весьма часто объясняются контроверзы нѣмецкихъ юристовъ и по самому существу вопроса.

**) Виндшейдъ, Пандекты § 318, пр. 3.

нынѣ и у насъ исключительнаго интереса торговаго класса, какъ и на западѣ *).

Какія же трудности встрѣчаются въ проблемѣ общей теоретической конструкціи института?

Мы имѣемъ здѣсь очевидно дѣло съ существенной модификаціей нормальнаго состава или содержанія сдѣлки, въ которой выражено близкое къ подлиннымъ матеріальнымъ разсчетамъ сторонъ отношеніе ея каузальныхъ моментовъ (продаю вещь, обязуюсь уплатить цѣну; уплачиваю, погашаю долгъ; даю въ займы, пріобрѣтаю обязательство на ту же сумму). Эта модификація заключается въ томъ, что, обѣщая кредитору уплату суммы (стипуляція у римлянъ, простое обѣщаніе суммы у насъ), или заявляя, что получилъ удовлетвореніе (акцептиляція у римлянъ, долговая росписка у насъ), я не указываю при этомъ матеріальнаго основанія принятаго мною на себя обязательства или послѣдовавшаго мнѣ платежа. При этомъ я принимаю на себя обязательство или освобождаю отъ долгового обязательства не съ цѣлью обогатить дестинатара сдѣлки. Это чисто дѣловая имущественно-обязательственная сдѣлка или операція, которой объективныя нормы присвоиваютъ такую же юридическую силу, какъ и другимъ сдѣлкамъ съ отчетливо въ ихъ составѣ выраженнымъ матеріальнымъ каузальнымъ моментомъ.

Въ виду этого отступленія отъ *нормальнаго* строенія юридической сдѣлки съ *видными въ ней каузальными сочетаніями*, рядъ писателей нѣмцевъ находитъ, что сдѣлка безъ матеріальнаго каузальнаго момента представляетъ собою нѣчто *психически* невозможное. Воля, говорятъ они, никогда не является безпричинною, самодовлѣющею потенціей. *Естественный ея процессъ* есть всегда каузальный, въ смыслѣ причины или цѣли, которая вызываетъ ея дѣятельное состояніе. Это вѣрно!—Существованіе такой *causa* необходимо *предполагается* не только въ матеріальныхъ, но совершенно такъ же и въ *формальныхъ*, абстрактныхъ сдѣлкахъ. Если бы ея въ данномъ случаѣ не было, то *порокъ воли*, принужденіе, ошибка, обманъ, неразумность волеизъявленія должны быть доказаны заинтересованнымъ, и сдѣлка можетъ быть инвалидирована.

*) Т. X ч. I не даетъ никакого повода разсматривать особую категорію абстрактныхъ сдѣлокъ или абстрактныхъ договоровъ по крайней отсталости его техники отъ современныхъ нашему Своду западныхъ кодификацій. Но было бы несправедливо, въ виду выше нами указан. соображеній, приписывать нашему законодателю намѣреніе стѣснять развитіе договорныхъ формъ тамъ, гдѣ для этого нѣтъ никакихъ предусмотрѣнныхъ закономъ опасностей (ср. ст. 1528—1530). Успѣхъ самаго законодательства нашего въ этомъ направленіи обнаруживается не въ общихъ руководящихъ цивильныхъ нормахъ, а въ частныхъ законодательныхъ актахъ, видныхъ особенно въ уставахъ кредитныхъ, въ учрежденіяхъ новыхъ формъ товарищескихъ союзовъ и въ операціяхъ банковыхъ разнаго типа.

Вся разница обѣихъ категорій сдѣлокъ ограничивается тѣмъ, что наличное основаніе или цѣль (causa efficiens или causa finalis) остается для одной ихъ категоріи въ той же фазѣ развитія, въ какой нормально находятся въ любыхъ сдѣлкахъ *субъективные каузальные* моменты, несомнѣнно всегда и вездѣ существующіе. Я пріобрѣтаю, чтобы разбогатѣть, чтобы раскрыть слѣды преступленія, чтобъ захватить рынки (см. выше). Эти каузальные (психическіе) моменты существуютъ несомнѣнно, но ихъ *нѣтъ въ составѣ* сдѣлки, они въ ней *не выражены*. Чтобы точнѣе выдѣлить ихъ смыслъ и значеніе полезно отличить *субъективный* ихъ характеръ терминомъ *мотива* волеизъявленія, причемъ причину или цѣль, опредѣляющую именно составъ сдѣлки, технически слѣдуетъ отличать терминомъ *causa*, каузальный моментъ, который имѣетъ для силы сдѣлки *объективное* значеніе. Тоже иногда обозначаютъ терминами causa naturalis—мотивъ, causa civilis—юридическій каузальный моментъ сдѣлки. Сила сдѣлки поставлена внѣ зависимости отъ субъективныхъ моментовъ. Эта сдѣлка будетъ *куплей*, какія бы ни были *мои* побужденія или мотивы для этой операціи!

Но,.. мы можемъ ровно ту-же абстракцію отъ налично существующихъ и несомнѣнныхъ каузальныхъ моментовъ провести и дальше. *Я обѣщаю уплатить вамъ такую то сумму въ такой срокъ* (reines, einfaches, formelles Summenversprechen). *Я признаю себя должнымъ С 1000 франк.* (договоръ признанія, Anerkennungsvertrag). Здѣсь абстракція сдѣлана не отъ тѣхъ или другихъ *психическихъ* побужденій, а еще *сверхъ того и отъ юридической каузальности*, въ связи съ коей нормально возникаютъ такія обязательства платежей съ юридическимъ эффектомъ въ сдѣлкахъ *матеріально-каузальныхъ*. Методы наши тутъ и тамъ совершенно тожественны.

Намъ возражаютъ далѣе. Въ томъ видѣ, въ какомъ намъ является абстрактная сдѣлка, она представляетъ собою *не всю волю*, какъ она *натурально* возникла или опредѣлилась подъ дѣйствіемъ не только психическихъ, но уже и прямо *дѣловыхъ* соображеній, причинъ, цѣлей, а только оторванную *частицу ея*, ея половину. Въ этомъ думаютъ обличить неудобство такого частичнаго обнаруженія разсчетовъ и цѣлей внѣ совокупности дѣйствительно существующихъ данныхъ дѣлового обмѣна. Это вполнѣ справедливо. Нормально въ сдѣлкѣ абстрактной нѣчто остается скрытымъ, невыраженнымъ, и выраженное составляетъ дѣйствительно лишь нѣкоторую часть за нимъ лежащаго цѣлаго.

Но развѣ въ сдѣлкахъ матеріальныхъ выраженнымъ является непремѣнно *все*, что мотивируетъ волеизъявленіе? Въ нихъ тоже

нормально обнаруживаются только *юридически* каузальныя сочетанія. А сколько остается еще побужденій, разсчетовъ, цѣлей, въ коихъ быть можетъ по существу скрыта именно вся суть данной имущественной операціи, которой вамъ, со стороны, будетъ видна одна показная часть. Я жертвовалъ вовсе не ради жертвы, я пріобрѣталъ вовсе не для пріобрѣтенія, а съ исключительной цѣлью разгромить соперничающую фирму! Нѣтъ сомнѣнія, что и въ этомъ „нормальномъ" составѣ мы имѣемъ *не всю* волю, а тоже лишь нѣкоторую ея часть, далеко не соотвѣтствующую органической цѣлостности волевыхъ процессовъ. Это тоже абстракція, хотя, правда, не столь высокой пробы, не этой степени очистки, какъ въ сдѣлкѣ формальной, чистой, отвлеченной вполнѣ отъ матеріальной каузальности въ ея составѣ.

И такъ, воля та же тутъ и тамъ! Но волеизъявленіе въ составѣ одной сдѣлки образуется изъ акта воли и института купли-продажи, займа или иного *матеріально-каузальнаго*, или тоже изъ акта воли и института торгово-обязательственнаго, вексельнаго, гипотечнаго или иного *формально-каузальнаго*, съ невыраженной въ составѣ самой сдѣлки ея матеріальной основой.— Разница обѣихъ категорій вовсе не въ методѣ, какъ сейчасъ было показано, и собственно не въ наличности или отсутствіи *внутренняго формализма* въ той или другой категоріи сдѣлокъ. Доля абстракціи и формализма юридическаго есть и въ той и въ другой категоріи сдѣлокъ. Разница для обѣихъ категорій въ *количественномъ отношеніи* элементовъ формальнаго и матеріальнаго, причемъ количественное преобладаніе элементовъ формализма натурально будетъ тамъ, гдѣ сила сдѣлки является отрѣшенной отъ матеріальной каузальности въ ея составѣ. — Но и здѣсь опять далеко нельзя проложить между обѣими категоріями неизмѣнной демаркаціонной линіи. На построеніи сдѣлокъ всегда будутъ видны черты тѣхъ *живыхъ* явленій воли, волеизъявленій, коихъ отраженіемъ должны служить эти построенія; и въ непрерывномъ ряду сдѣлокъ обѣихъ категорій, между обоими крайними типами, чистѣйшей абстракціи (вексель), съ одной стороны, и какого-нибудь даренія или легата sub modo, съ самыми интимными наказами и уроками одаряемому, съ другой, мы найдемъ такіе *переходные типы*, какъ традиція и стипуляція, которые одинаково способны и матеріализоваться, и вовсе уйти въ область абстракціи,.. настоящія амфибіи въ этой живой смѣнѣ формъ и видовъ юридическихъ волеизъявленій!

Мы увидимъ позже, что и между чисто матеріальными сдѣлками возможно различить такія, которыя, *въ ихъ примѣненіи на*

практикъ, крайне легко ускользаютъ изъ своей категоріи сдѣлокъ и служатъ цѣлямъ, какія должны собственно достигаться при помощи другой категоріи сдѣлокъ...

Противъ строенія абстрактныхъ сдѣлокъ вообще и главнымъ образомъ противъ Бэровскаго Договора признанія выставлялось и выставляется поднесь сомнѣніе такого рода. Не составляетъ ли то, что мы здѣсь трактуемъ *какъ сдѣлку*, совсѣмъ не сдѣлку, не волеизъявленіе, направленное на установленіе или прекращеніе правоотношенія, а нѣчто иное, хотя иногда и близко подходящее къ юридической сдѣлкѣ *), но по существу своему принадлежащее вовсе не вопросамъ права, а вопросамъ процесса, *именно способа доказать на судѣ свое притязаніе?* Этимъ сомнѣніемъ встрѣтила нѣмецкая критика конструкцію *Договора признанія*. Вопросъ, стало-быть, формулируется такъ: имѣетъ ли договоръ признанія силу *конститутивную*, правообразующую, или только *декларативную*, удостовѣряющую наличность извѣстнаго процессуальнаго даннаго **)?

Бэръ прекрасно знаетъ это процессуальное средство доказывать. Такое medium probationis все подчиняется процессуальнымъ максимамъ. Такое доказательство направлено на убѣжденіе суда въ томъ, что составляетъ предметъ признанія. Сила его условлена оцѣнкой со стороны суда его достовѣрности, способности признающаго уразумѣть сущность даннаго имъ признанія, соотвѣтствія его содержанія обстоятельствамъ дѣла. Если бы противная сторона убѣдила судъ въ несоотвѣтствіи такого признанія дѣйствительности, то судъ *отверъ бы всю его силу*. Бэръ вовсе не оспариваетъ его значенія какъ средства доказывать, но это совсѣмъ не то, что *договоръ признанія*, и для его отличія отъ подлиннаго признанія, Бэръ называетъ его unächte Anerkennung, *признаніемъ неподлиннымъ*.

Договоръ признанія есть прямо *конститутивный актъ*. Ему, такъ же какъ и другимъ видамъ абстрактныхъ сдѣлокъ, принадлежитъ подлинно конститутивная для юридическаго отношенія, а не декларативная только сила. Абстрактная сдѣлка скорѣе можетъ быть сближена *съ судебнымъ рѣшеніемъ*, чѣмъ со способомъ доказательства. Это будетъ именно автономный актъ самоосужденія

*) Гражданскій процессъ допускаетъ соглашенія и договоры *о доказательствахъ*, — это Beweiskontrakt, Beweisvertrag по Брунсу (подробности Кривцовъ § 33).

**) Мы не можемъ, конечно, здѣсь исчерпать любопытной контроверзы; подробности см. у Кривцова. Что касается отношенія Code civil къ договору признанія какъ правотворящему титулу,—мы объ этомъ скажемъ въ заключеніи этого ученія.

(Selbstverurtheilung). Дѣйствіе его есть *правотворящее*, а не подтверждающее только наличность существующаго уже права. Это такая же *основа* для возникновенія, прекращенія юридическаго отношенія, какою способна служить дача денегъ для займа, обоюдныя обязательства сторонъ, установленныя ихъ консенсомъ, въ договорѣ купли-продажи, но эта основа есть только *формальная*, безъ указанія матеріальнаго момента, который за нею скрытъ.

Наличность такого *формальнаго правооснованія* (договоръ признанія, обѣщаніе долга, разсчетная сдѣлка, Abrechnung) вовсе не замѣняетъ и не исключаетъ необходимости *доказать* эту наличность тѣми или другими media probationis. Code civil выражаетъ это вполнѣ осязательнымъ образомъ, требуя представленія суду u titre primordial, дающаго основу требованію, и actes récognitifs, служащихъ доказательствомъ признанія долга документовъ (art. 1337) *).

Когда мы имѣемъ дѣло съ *подлиннымъ договоромъ признанія*, то это будетъ всегда обязывающій проминтента въ отношеніи къ акцептанту актъ воли, *сдѣлка*, направленная на измѣненіе правоотношеній согласно намѣреніямъ сторонъ. Силу *подлиннаго* договора признанія нельзя разрушить доказательствомъ того, что содержаніе признанія (я признаю себя должнымъ N сто рублей) *не соотвѣтствуетъ истинѣ*. Достаточно, если это формальное волеизъявленіе *соотвѣтствуетъ моей волѣ*. Было ли налицо матеріальное основаніе для такого волеизъявленія—это вопросъ для его юридическаго эфекта вполнѣ безразличный. Я могу сдѣлать волеизъявленіе такого содержанія (признаю себя должнымъ 100) не потому, что занялъ, не потому, что не доплатилъ цѣны вещи, нанесъ ущербъ этого размѣра, а потому, быть можетъ, что я хочу акцептанта сдѣлать богаче, подарить ему эту сумму денегъ (это positive Anerkennung).

Съ такимъ же эфектомъ возможно сдѣлать волеизъявленіе, *погашающее* обязательство или долгъ прямой абстрактной сдѣлкой, изъ коей видно только, что я принялъ отъ N извѣстную сумму въ уплату по нашимъ счетамъ, безъ всякаго указанія тѣхъ или другихъ матеріальныхъ основаній вступленія въ эту погашающую сдѣлку (акцептиляція, negative Anerkennung). Какія бы ни воз-

*) Кривцовъ, стр. 174. Провести границу между признаніемъ права и факта очень не легко въ отдѣльныхъ случаяхъ подобныхъ сдѣлокъ. Бэръ не разъ возобновлялъ попытки освѣтить вопросъ примѣрами, особенно въ позднѣйшемъ его изд. Urtheile d. Rgerichts. Рядъ примѣровъ для освѣщенія вопроса даетъ Bekker въ св. System II, стр. 251. У послѣдняго весь § 109, посвященный такъ назыв. Festellungsgeschäfte, куда онъ относитъ Anerkennung-Zugeständniss, очень поучителенъ (здѣсь же 5 Beilag).

буждались со стороны сомнѣнія насчетъ дѣйствительнаго существованія погашеннаго такимъ способомъ долга, *этимъ однимъ* нельзя поколебать силу такого договора.

Когда этимъ методомъ заключаютъ продолжительныя и разнообразныя *имущественнаго характера* *) правоотношенія, то юридическая сила такой *разсчетной сдѣлки* (Abrechnung) будетъ держаться не на тѣхъ матеріальныхъ данныхъ, которыя побуждали насъ разсчитытаться, а *на формальной основѣ* договорнаго обязательства, которое по содержанію своему можетъ быть выражено совершенно абстрактно, съ обязательнымъ уговоромъ именно считать завершенными прежнія отношенія и счеты. Это консумирующая и новирующая сила сдѣлки, которую можно уподобить тому же эфекту litis contestatio въ классическомъ процессѣ **).

Для того, чтобы абстрактное волеизъявленіе произвело весь свой эфектъ, необходимо, натурально, чтобъ оно послѣдовало по отношенію къ тому, кто заинтересованъ въ установленіи или погашеніи даннаго правоотношенія, и было имъ принято. Съ этимъ вмѣстѣ правотворящая сила абстрактной сдѣлки, въ чемъ бы она ни заключалась (быть должнымъ, или почитать долговое обязательство погашеннымъ, positive u. negative Anerkennung), есть вполнѣ выраженная и такъ же мало подлежитъ колебанію, какъ любой иной, соотвѣтственный цивильнымъ нормамъ актъ воли дѣеспособнаго лица.

Если абстрактная сдѣлка имѣетъ несомнѣнную *правотворящую* силу и не подлежитъ тому разсмотрѣнію и оцѣнкѣ, какимъ подлежатъ доказательства вообще и признаніе въ особенности, то это не значитъ, что въ извѣстныхъ условіяхъ сила такой сдѣлки не можетъ быть оспорена *тѣмъ именно лицомъ*, отъ котораго она исходитъ. Мы съ компаньономъ закончили разсчетную операцію по извѣстному дѣлу, которое переходитъ ко мнѣ, и я обѣщалъ, въ заключеніе, произвести ему, не выражая при этомъ основы, платежи въ такіе-то сроки, разумѣя, что передача мнѣ дѣла есть уже завершившаяся. Между тѣмъ оказывается, что по разсчетной операціи я былъ въ ошибкѣ, въ ошибкѣ извинительной; тогда, натурально, я могу оспаривать силу моего обѣщанія, выведя теперь, ex post, то матеріальное основаніе, которое побудило меня дать обязательство, доказавъ 1) наличность этого матеріальнаго основанія, не выраженнаго въ сдѣлкѣ, 2) ошибку,

*) Къ правоотношеніямъ другого типа, родственнымъ, семейнымъ, супружескимъ—это не примѣнимо. Ср. опять у Беккера § 109 Beil. III (стр. 251 и 252, т. II).

**) См. выше и, какъ кажется намъ, близко къ этому Bekker, тамъ же II, стр. 255 подъ лит. D.

подъ вліяніемъ которой я принялъ на себя это обязательство и 3) извинительность этой ошибки. Въ этомъ примѣрѣ содержаніе абстрактно-договорной сдѣлки есть *положительное*, я принялъ на себя платежи. Но я могъ вступить въ такую же договорно-обязательную сдѣлку *отрицательнаго* содержанія, т.-е. удостовѣряющую, что долгъ такого-то погашенъ. Между тѣмъ погашеніе имѣло лишь послѣдовать. И въ такомъ случаѣ, натурально, на мнѣ будетъ лежать тяжесть доказать, что погашающая сдѣлка имѣла своимъ предметомъ такое-то мое притязаніе, что въ виду удостовѣренія, оказавшагося впослѣдствіи обманомъ, о высылкѣ мнѣ платежа, я заключилъ указанную сдѣлку, которую теперь прошу инвалидировать.

Это иски и процессы кондикціоннаго типа, подобные для 1-го случая condictio indebiti, для 2-го causa data causa non secuta.

Если бы въ 1-мъ примѣрѣ промиссаръ сталъ требовать тѣхъ платежей, къ которымъ я обязался, съ меня, то я имѣлъ бы вывести въ судъ и доказать тѣ же данныя, какія необходимы для иска (см. выше), въ моемъ возраженіи противъ иска.

Натурально, этимъ вовсе не исчерпываются всѣ юридическія и процессуальныя послѣдствія, которыя могутъ наступить для участниковъ сдѣлки и для третьихъ лицъ изъ подобныхъ абстрактно-договорныхъ обязательственныхъ и вещныхъ сдѣлокъ; но исчерпывающее представленіе всѣхъ такихъ эвентуальностей нельзя обстоятельно сдѣлать здѣсь, *въ общемъ ученіи*, а надлежитъ имѣть въ виду при изученіи отдѣльныхъ сдѣлокъ этого типа, традиціи, признанія долга, погашенія обязательствъ, вексельныхъ операцій и прочее.

Мы разъяснили себѣ, такимъ образомъ, въ чертахъ общихъ, свойственныхъ, болѣе или менѣе, всѣмъ сдѣлкамъ этого стиля, особенности ихъ строенія и специфическіе признаки, которые отличаютъ ихъ отъ сдѣлокъ матеріально-каузальныхъ.

Спрашивается, съ какой цѣлью мы на ряду со сдѣлками этого матеріальнаго пошиба создаемъ еще особый типъ отрѣшенныхъ отъ матеріальныхъ основъ сдѣлокъ?

Насколько возможно, избѣгая осложненій, связанныхъ съ отдѣльными видами этихъ сдѣлокъ, отвѣтить на этотъ вопросъ въ общемъ смыслѣ, мы замѣтимъ здѣсь слѣдующее.

1. Сдѣлки абстрактныя представляютъ по составу своему значительно большую простоту строенія сравнительно со сдѣлками матеріальными. Мы разумѣемъ здѣсь ихъ составъ, а не технику ихъ построенія. Это совершенно понятно. Несравненно проще

и короче выразить фацитъ разсчета, чѣмъ выводить всѣ факторы, изъ коихъ получился извѣстный результатъ. Въ огромной массѣ случаевъ все дѣло именно только въ томъ, что получилось въ результатѣ изъ всего ряда операцій, а не отдѣльныя стадіи движенія къ этому результату. И такъ, собственно тѣ сдѣлки, гдѣ есть возможность такого *сводного результата*, такихъ итоговъ, предметъ коихъ составляютъ въ особенности обѣщанія или погашенія опредѣленныхъ суммъ, должны всегда приходить къ такимъ простымъ выводамъ, къ результатамъ, гдѣ отдѣльные факторы можно считать покрытыми этимъ разсчетомъ, погашенными.

2. Съ другой стороны, этой простотѣ состава сдѣлки въ смыслѣ *юридическомъ* содѣйствуетъ въ особенности то обстоятельство, что само волеизъявленіе въ ней является тоже безъ указанія матеріальныхъ мотивовъ, подъ дѣйствіемъ коихъ оно образовалось. Это тоже *упрощеніе* юридическаго состава сдѣлки. Здѣсь дѣло въ томъ, что каждое входящее въ составъ сдѣлки осложненіе, которое приближаетъ волеизъявленіе къ дѣйствительности, само по себѣ легко даетъ поводъ къ сомнѣніямъ и задержкамъ, которыя до крайности могутъ затруднить и замедлить достиженіе цѣли. Упрощеніемъ состава волеизъявленія мы *уменьшаемъ количество спорныхъ пунктовъ*, на коихъ притязаніе основывается. Если взамѣнъ всѣхъ данныхъ въ основу обязательства мы ставимъ простое *признаніе* съ моей стороны извѣстнаго *дома*, которое и вы, мой вѣритель, принимаете какъ базу нашихъ послѣдующихъ правоотношеній, то въ массѣ случаевъ весь споръ будетъ касаться только вопроса о подлинности волеизъявленія, о подлогѣ документа или акта, къ коему сведены наши разсчеты, а вовсе не о всѣхъ операціяхъ, которыя предшествовали его выдачѣ.

3. Когда сдѣлка приведена къ этому простѣйшему результату въ смыслѣ объекта притязаній (опредѣленная сумма, извѣстная вещь) и вмѣстѣ съ этимъ мотивы волеизъявленія всѣ сводятся *къ формальному соглашенію произвести уплату*, погасить долгъ, *традировать вещь*, то во множествѣ случаевъ возможныя послѣдствія спора о дѣйствительныхъ побужденіяхъ и разсчетахъ, которые повели къ указанному абстрактному обязательству, не распространятся на весь эффектъ сдѣлки и ограничатся отдѣльными пунктами и кругомъ ближайшихъ участниковъ этой заключительной операціи; общій же ея результатъ и въ особенности эффектъ ея *для третьихъ лицъ* останется вовсе нетронутымъ, не поврежденнымъ несогласіемъ чисто-личнымъ между ближайшими, притомъ первоначальными только участниками сдѣлки.

И такъ, я обязался произвести уплату вамъ (N) или кому вы прикажете такой-то суммы денегъ. Вы приняли это мое *абстрактное* обѣщаніе вмѣсто наличнаго платежа, и, не требуя съ меня обѣщанной суммы, уступили это Ваше требованіе, этотъ документъ (titre) 3-му, который, зная мою состоятельность, охотно принялъ документъ. Оказывается впослѣдствіи, что мы (я и N) сдѣлали разсчетъ неправильно и что сумма, выраженная въ абстрактномъ обѣщаніи уплатить, легко можетъ быть мною оспорена. Мы ведемъ процессъ, я выигрываю. Но 3-го ни этотъ споръ, ни этотъ результатъ не коснется вовсе, ибо изъ перешедшаго къ нему моего абстрактнаго обѣщанія уплатить ему (N) или кому онъ прикажетъ извѣстную сумму не видно ни основаній, ни возможныхъ ошибокъ нашего разсчета. *Матеріальныя основы соглашенія касаются насъ двоихъ*, а не 3-го участника сдѣлки. И это можетъ повториться для каждой предшествующей пары лицъ относительно любыхъ послѣдующихъ, интересъ коихъ въ огражденіи силы *абстрактной сдѣлки* есть независимый отъ соучастниковъ въ ней на прежней стадіи ея *матеріальнаго* обоснованія.

То же самое мы увидимъ позже въ подробности для случаевъ абстрактно-формулированной договорно-вещной сдѣлки традиціи. Мы ошибались насчетъ *договорно-обязательственныхъ основъ* передачи права собственности на переданную вещь, но самая передача (traditio) съ цѣлью пересвоеніе произошла. Возможные споры о договорной основѣ передачи локализуются между первыми соучастниками сдѣлки, а вещный эфектъ сдѣлки переходитъ ко всему ряду послѣдующихъ пріобрѣтателей собственности во всей его цѣлости.

Талантливый Эрнстъ Цительманъ въ публичной лекціи „объ осуществимости идеи универсальнаго права“ *) указалъ именно въ *этомъ расчлененіи единаго состава сдѣлки на средство и цѣль* **) одну изъ плодотворнѣйшихъ побѣдъ человѣческой мысли, безъ которой невозможно было бы достигнуть тѣхъ успѣховъ въ развитіи всесвѣтнаго имущественнаго обмѣна, которые составляютъ достояніе развитыхъ системъ современнаго гражданскаго права.

Итакъ, сдѣлки абстрактныя удобнѣе въ смыслѣ простоты и *краткости* разсчетовъ съ ихъ помощью, въ смыслѣ *легчайшей осуществимости* притязаній на нихъ основанныхъ; наконецъ, и это наиболѣе вѣскій въ ихъ пользу аргументъ, онѣ чрезвычайно

*) Möglichkeit eines Weltrechts, прочитан. въ вѣнск. юридич. Обществѣ въ мартѣ 88 г., напеч. въ Allgem. oetterreich. Gerichtszeitung.

**) Таже идея сказывается въ построеніи Бэромъ ученія о договорѣ въ пользу 3-ихъ.

удобны въ видахъ *надежности операцій* съ ними *въ широкихъ кругахъ лицъ*, могущихъ *впослѣдствіи явиться соучастниками обмѣна* и осуществленія притязаній, основа коихъ вся въ ихъ составѣ сводится къ простымъ, очевиднымъ, формальнымъ, не требующимъ и даже недопускающимъ, безъ особаго повода, никакихъ изслѣдованій по существу, чисто объективнымъ данныхъ.

Въ смыслѣ интереса широкаго и легкаго обмѣна эту конструкцію неправильно было бы оцѣнивать *съ исключительно частной точки зрѣнія*. Она одновременно *отвѣчаетъ и интересу общественному*.

Но въ сдѣлкахъ этого типа, въ связи съ этими свойствами, стараются раскрыть и такія черты, которыя возбуждаютъ съ извѣстной точки зрѣнія опасеніе у „предусмотрительныхъ". Въ самомъ дѣлѣ, если матеріальная основа сдѣлки не видна изъ ея состава, то, натурально, одно и то же формальное обѣщаніе дачи извѣстной суммы можетъ послѣдовать для какой угодно цѣли, для уплаты, даренія, кредита, ибо подлинная цѣль скрыта за этой абстракціей (cautio quae indiscrete или indistincte loquitur, см. знаменитый l. 25 § 4 D. 22.3, откуда нынѣшняя такъ назыв. cautio indiscreta). Brinz, въ виду этого свойства абстрактной сдѣлки, способности ея служить разнымъ цѣлямъ, называетъ ее *подвижною* *). Вотъ именно эта *черта подвижности*, неуловимости сдѣлки для повѣрки ея, невыраженности въ составѣ сдѣлки ея экономическаго баланса, которая, однако, несмотря на это, какъ бы освѣщается закономъ, и побуждаетъ „предусмотрительныхъ" такъ или иначе ограничивать допустимость такихъ абстрактныхъ волеизъявленій въ практикѣ.

Съ другой стороны, за этой *формальной основой* сдѣлки легче, какъ полагаютъ многіе, способны скрываться, неблаговидныя, противныя добрымъ нравомъ и легально-непозволительныя операціи, чѣмъ въ сдѣлкахъ, въ составѣ коихъ обязательно имѣютъ быть выражены лежащіе въ ихъ основѣ матерьяльные разсчеты сторонъ. На этомъ вопросѣ мы остановимся дальше, сопоставляя положенія Code civil. и нов. германскаго уложенія по этому предмету.

Особенно ярко эти опасенія выдвигались на первый планъ *старо-прусскими* юрисконсультами **). Примѣненіе сдѣлокъ такого строенія считали безопаснымъ только въ кругу искушенныхъ,

---

*) Лотмаръ думаетъ, что у Бринца этотъ терминъ невыдержанъ. Это не мѣшаетъ ему быть мѣткимъ. Сдѣлки матеріально-каузальныя будутъ въ этомъ же смыслѣ *неподвижными*, и это вѣрно въ извѣстной степени; хотя мы увидимъ, что и онѣ не столь неподвижны, чтобы ими нельзя было воспользоваться для скрытыхъ, за выставленной для виду цѣлью, намѣреній.

**) Надо сказать, что это было вообще въ духѣ Прусскаго Ландрехта (см. выше, стр. 138).

бдительныхъ, въ средѣ торговыхъ людей. Когда кругъ людей торговыхъ и промышленныхъ потерялъ свойство замкнутости, на этой точкѣ зрѣнія, конечно, стало трудно держаться юристамъ недовѣрчивымъ къ дѣятельности людей въ сферѣ ихъ же личнаго интереса. Бэръ отмѣчаетъ, впрочемъ, и для стараго времени много непослѣдовательности во взглядахъ самихъ руководящихъ сферъ въ Пруссіи. Почитали опаснымъ широкое примѣненіе абстрактнаго обязательства, а трассировка векселя на поземельную собственность (Grundschuld) не возбуждала въ то же время никакихъ безпокойствъ (теперь см. тоже art. 1191 Bürgerl. Ges. buch). Въ новыхъ бытовыхъ условіяхъ, когда стало трудно отстаивать прежнее недовѣріе къ частной автономіи въ вопросахъ строенія гражданской сдѣлки, мѣсто прямо-отрицательнаго отношенія къ этимъ операціямъ замѣнили нѣкоторыя мѣры *предупредительнаго* характера, хотя тоже весьма сомнительныя по ихъ цѣлесообразности. Мы не имѣли бы интереса останавливаться на этихъ мѣрахъ, еслибъ эта старо-прусская метода не оставила нѣкотораго слѣда въ новомъ нѣмецкомъ имперскомъ гражданскомъ кодексѣ.

Въ основѣ этотъ новый германскій кодексъ даетъ несомнѣнно торжество интересамъ и ученіямъ, на стражѣ которыхъ такъ долго стоялъ Оттонъ Бэръ. Ограничивать систему общаго права такими конструкціями, которыя приноровлены къ низкому уровню общественнаго сознанія, чтобъ этимъ предотвратить опасность для небдительныхъ, было бы большой ошибкой. И этой ошибки, къ счастію, избѣгнулъ новый имперскій гражданскій кодексъ. Новый нѣмецкій кодексъ прямо признаетъ юридическую силу *абстрактнаго признанія и абстрактнаго обѣщанія дома* (die Gültigkeit eines Vertrags, durch den das Bestehen eines Schuldverhältnisses *anerkannt* wird, — Schuldanerkenntniss; а также дѣйствительность договора, коимъ извѣстное дѣйствіе обѣщано такъ, что *самостоятельной основой обязательности служитъ именно это обѣщаніе*,—Schuldversprechen), какая бы ни была основа подобныхъ договоровъ, мировая ли сдѣлка, или разсчетная операція (ср. art. 780, 781 и 782).

Слѣдъ стараго прусскаго взгляда на особыя (опасныя) свойства сдѣлокъ этого строенія выражается въ томъ, что для всѣхъ случаевъ, гдѣ нѣтъ особыхъ реквизитовъ формы для подобныхъ волеизъявленій, она должна быть *письменною*, кромѣ случаевъ мировой сдѣлки и разсчетной операціи *).

*) Какъ окончательно формулировалъ самъ Бэръ реквизиты подобныхъ волеизъявленій въ своемъ Контрпроектѣ,—это, конечно, заслуживаетъ самаго

Объ отдѣльныхъ видахъ абстрактныхъ сдѣлокъ, независимо отъ этой общей договорной формы, мы будемъ имѣть случай сказать впослѣдствіи.

§ 54.

III. Содержаніе юридической сдѣлки (продолженіе). Сдѣлки абстрактныя во французскомъ правѣ. Art. 1132 C. c. Неблагопріятныя условія для развитія его смысла. „Исправленіе“ текста. Литературное общеніе съ Германіей. R. Saleilles и его попытка спасти престижъ C. c. Практика Остзейскаго свода. Сдѣлки фидуціарныя, симулированныя и проч.

Разъяснивъ такимъ образомъ особенности строенія и юридическое значеніе абстрактной сдѣлки, особенно *договора Признанія* какъ основы обязательства (Anerkennung als Verpflichtungsgrund), хотя не безспорнаго въ нѣмецкой литературѣ, но вошедшаго въ составъ дѣйствующей системы Имперскаго Германскаго права, мы открыли себѣ путь для правильнаго пониманія того-же явленія въ правѣ французскомъ и истолкованія приведеннаго выше art. 1132 Code civil.

Code civ. знаетъ несомнѣнно отдѣльныя имущественныя сдѣлки, юридическій эффектъ коихъ является отрѣшеннымъ отъ каузальнаго момента въ ихъ составѣ, напр. делегацію (C. c. art. 1275), погашеніе долга (art. 1282), многія сдѣлки семейно-имущественнаго и наслѣдственнаго права (принятіе, отказъ отъ наслѣдства, отъ легата *). Насъ занимаютъ здѣсь, однако, не отдѣльныя проявленія внутренняго формализма цивильныхъ волеизъявленій, а *общая* принципіальная *постановка вопроса въ Code civ.*

Въ этомъ отношеніи первостепенное значеніе имѣетъ истолкованіе указанной выше ст. 1132 C. c., поставленной на ряду съ двумя другими артиклями кодекса (1131 и 1133) подъ общую и для юриста крайне заманчивую рубрику *De la cause* (здѣсь cause des contrats спеціально, ибо понятіе cause имѣетъ и болѣе общее примѣненіе). Такой общей рубрики Нѣмец. Имперск. уложеніе не знаетъ, и самый терминъ, столь ходячій и развитой въ латинской цивилистикѣ, почти поглощенъ въ ученіи о сдѣлкѣ

тщательнаго изученія, и мы оставляемъ здѣсь его формулу въ сторонѣ, только чтобы избѣгнуть излишнихъ осложненій. См. въ Контрпроектѣ 20-ый (§ 721—724) и слѣд. титулъ; особенно же примѣч. къ ук. тит. на стр. 149 и 150 и указанія на отдѣльную работу его по этому предмету.

*) Образцы, частью небезспорнаго въ этомъ смыслѣ строенія сдѣлокъ см. у Crome Allgemein. Theil der modern. französ. Privatrechtswissensch. 1892, стр. 301 и 304.

понятіемъ *ея юридическаго состава*. Причина отчасти въ трудности установить общій точный смыслъ понятія causa, особенно въ отличіе его отъ понятія мотива волеизъявленія *).

Art. 1132, отдѣльно взятый и буквально понятый (la convention n'est pas moins valable quoique la cause n'en soit pas exprimée), заключаетъ въ себѣ, повидимому, то самое, что намъ нужно для точнаго и краткаго обозначенія *понятія сдѣлки съ невыраженнымъ въ ней основаніемъ*, за которой юридическая норма (art. 1132 C. c). признаетъ всю силу (est valable) самостоятельнаго правотворящаго волеизъявленія.

Такое пониманіе art. 1132 казалось бы тѣмъ болѣе обоснованнымъ, что нигдѣ разумѣніе классическаго контракта verbis (stipulatio) не было такъ вѣрно поставлено какъ у французовъ въ эпоху renaissance, особенно у Куяція. И хотя контрактъ verbis вообще не былъ рецепированъ на Западѣ, но на ряду съ правильнымъ его пониманіемъ въ указанную эпоху практика кутюмовъ знала отдѣльные виды своихъ, отрѣшенныхъ отъ каузальнаго момента въ ихъ составѣ сдѣлокъ **). Уже въ исторіи стипуляціи на ея подлинной почвѣ легко отмѣтить значительныя колебанія формальной ея природы въ разныя эпохи развитія. Въ эпоху рецепціи на Западѣ, вмѣстѣ съ устраненіемъ внѣшнеобрядной стороны образованія этого контракта, утрачено было въ теоріи правильное и законченное разумѣніе способности договорной сдѣлки отрѣшаться отъ указанія въ ея составѣ каузальнаго момента (матерьяльнаго), которымъ опредѣляется ея сила. Цивилистическая литература 18 вѣка (особенно сочиненія Domat, Pothier ***) поддерживаетъ связь съ латинскимъ преданіемъ, посредствуемымъ рецепціей, и въ результатѣ этихъ работъ, положенныхъ въ основу Code civil, мы имѣемъ выраженныя въ art. 1132 общія положенія.

Въ послѣкодификаціонной литературѣ смыслъ этихъ положе-

---

*) Baudry Lacantinerie, желая дать осязательность соотношенію обоихъ терминовъ, прибѣгаетъ къ сравненію изъ области физическихъ явленій; c'est en physique le *brouillard* „un nuage dans lequel on est", et le *nuage* „un brouillard dans lequel on n'est pas", и точно такъ же cause c'est le motif *prochain*, immédiat, essentiel, le motif c'est la cause éloignée (causa remota)—Précis t. II n°. 848. Изъ тумана насъ, однако, почтенный Mr. Baudry такъ и не вывелъ.

**) Рядъ короткихъ и очень вѣрныхъ замѣтокъ по этимъ вопросамъ читатель найдетъ въ трактатѣ R. Saleille Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de code civ. allemand 1890 г. стр. 275—293, гдѣ вмѣстѣ сдѣланы литературныя указанія нѣмецкихъ и французск. работъ по этому предмету; см. также Основная форма корреальнаго обязательства 1874 Н. Дювернуа гл. I, стр. 70—115.

***) Очень краткое, но основательное обозрѣніе взглядовъ этихъ предвѣстниковъ Code'а и другихъ французскихъ цивилистовъ въ трудномъ ученіи о каузальномъ моментѣ въ составѣ сдѣлки даетъ Marcel Planiol въ его Traité t. II.

ній подверглся очень контроверзнымъ пріемамъ истолкованія въ ученой и практической юриспруденціи.

Прежде всего смыслъ обязательности сдѣлки безъ выраженнаго въ ней правооснованія сводили не къ отрицанію необходимости матерьяльнаго каузальнаго момента въ ея составѣ *), а къ *легальному предположенію* его существованія (présomption légale). Прикрываясь этой презумціей, вѣритель, согласно сему ученію, не обязанъ, требуя выполненія принятаго на себя должникомъ обязательства, въ коемъ не выражена его основа, не имѣетъ нужды самъ выводить передъ судомъ скрытую его основу. Если бы обязательство, такъ формулированное должникомъ, оказалось порочнымъ въ этомъ отношеніи, то обязанность доказать, что оно дано sans cause, sur une fausse cause, или, наконецъ, sur une cause illicite, легла бы на должника; и только доказавъ этотъ порокъ сдѣлки, должникъ лишилъ бы ее эфекта (къ art. 1131 C. c.), который ей до сего присвоивалъ art. 1132 того-же C. c.

По этому толкованію, art. 1132 несомнѣнно уже заключаетъ въ себѣ освященные закономъ элементы института формально-обязывающаго договора. И возможно, что эта французская доктрина развила бы изъ этихъ слабыхъ зачатковъ все строеніе абстрактной сдѣлки и договора признанія, какъ формальной основы выраженнаго въ немъ обязательства, ранѣе разработки его у нѣмцевъ, *при* одномъ, конечно, непремѣнномъ *условіи, постояннаго общенія этой доктрины съ классической почвой*, гдѣ ея родина и весь блескъ ея завершившейся культуры. Но въ томъ именно и состоитъ прирожденный порокъ (первородный грѣхъ) всякой кодификаціи, что она ищетъ разорвать связь кодифицированныхъ институтовъ съ ихъ подлинной почвой и указать толкователю предѣлъ общенія и источникъ творчества въ элементахъ разъ навсегда замкнувшейся системы тѣхъ понятій, которыя данный сводъ ввелъ въ свой составъ, которымъ онъ оказалъ свое гостепріимство (in sinus suos receperit).

Что-же могла найти въ этомъ code'ѣ *послѣкодификаціонная* французская юриспруденція *для культуры* института формальнаго обязательства, для общаго ученія о causa въ составѣ договорной сдѣлки? Отвѣтомъ для практики служитъ art. 1108 C. c., который непререкаемымъ образомъ указываетъ намъ les quatre conditions qui sont essentielles pour la validité des conventions (4 существенныхъ условія силы договорныхъ сдѣлокъ), consentement (согласіе сторонъ, ея заключающихъ), capacité (дѣеспособность

*) Особенно, конечно, для состава обязательства односторонняго, а не синалагматическаго, гдѣ каузальный моментъ виденъ.

этихъ лицъ), objet certain qui forme la matière (извѣстность содержанія сдѣлки), *une cause licite dans l'obligation.*

Кончено! сдѣлки не можетъ быть, если въ ея составѣ нѣтъ налицо легально установленной основы обязательства. Такая основа должна быть налицо. Безъ нея недопустимо, немыслимо никакое цивильно-дѣйствительное волеизъявленіе лицъ въ составѣ сдѣлки. Этого мало! Causa не только должна быть видна въ ея составѣ, но она еще должна быть законодозволенной; послѣдняго нельзя опредѣлить, если эта causa только презумируется, только подразумѣвается. Она должна быть именно выражена. И въ этихъ предѣлахъ остается только разобраться въ вопросѣ, насколько должна быть показана не просто только матерьяльная каузальность въ общемъ смыслѣ (по расчетамъ между нами за товаръ, за такую-то отрасль торговыхъ операцій), а именно индивидуализированная всѣми существенными для строенія сдѣлки извѣстнаго типа данными (по займу на такую-то сумму, отъ такого-то числа и проч., по куплѣ-продажѣ, по мировой сдѣлкѣ такого-то содержанія *). Безъ этихъ болѣе или менѣе прецизныхъ *матерьяльныхъ* основъ въ составѣ сдѣлки она не должна имѣть силы, ибо иначе контрабандой можетъ пройти и получить санкцію une cause illicite, и что всего опаснѣе—une convention particulière, которая пойдетъ навстрѣчу aux lois qui interessent l'ordre public et les bonnes moeurs (C. c., art. 6).

И такъ, даже въ институтахъ частнаго права, въ строеніи договоровъ, интересы контроля со стороны суда выдвинуты на видный планъ и этимъ несомнѣнно стѣсненъ автономный характеръ гражданскаго обмѣна. Не можетъ быть сомнѣнія, что все это недовѣрія, вся эта матерьяльность французской юриспруденціи въ покодификаціонную эпоху выросла не на живой почвѣ дѣйствительныхъ оборотныхъ сдѣловъ, а на мертвой почвѣ согласованія статей кодифицированнаго права... Какой отсюда получился результатъ для толкованія и практическаго примѣненія разсматриваемаго art. 1132 C. c.? Юриспруденція, въ позднѣйшей своей фазѣ, вмѣсто дальнѣйшей разработки заложенной въ ея основѣ общей идеи обязательной силы абстрактной сдѣлки, договора безъ выраженной въ немъ матерьяльной каузальности, спеціально договора признанія, какъ основы обязательства, стала находить, что article 1132 est mal redigé, имѣетъ несоотвѣтственную (чему? дѣлу?—этого нельзя сказать!) другимъ статьямъ Code'a, особенно art. 1108, редакцію. Находили даже, что этотъ art., трактующій

*) Этой контроверзы мы здѣсь не коснемся.

явно вопросъ о скрытой, невыраженной въ составѣ сдѣлки, а вовсе не объ отсутствующей cause, чего, конечно, отнюдь не должно смѣшивать, противорѣчитъ art. 1131, по силѣ коего l'obligation sans cause... ne peut avoir aucun effet!

Устранить опасность (воображаемую) отъ art. 1132 взялись посредствомъ *исправленія* ея „плохой" редакціи. Вотъ въ чемъ должно состоять это исправленіе. Къ концу текста art. (см. выше) слѣдуетъ прибавить слова „dans l'écrit qui la constate". Весь текстъ въ новой редакціи (interprétation supplétive) читается такъ: la convention n'est pas moins valable quoique la cause n'en soit pas exprimée *dans l'écrit qui la constate*. Цѣль всей операціи въ томъ, чтобы смыслъ статьи свести не къ признанію силы обязательства, въ составѣ котораго не показана его матерьяльная основа, а *къ доказательству посредствомъ письменнаго документа существованія долга* *). И такъ, признаніе долга само по себѣ, независимо отъ легальнаго предположенія матерьяльной основы, самостоятельно, вовсе не создаетъ обязательства. Это вовсе не есть Anerkennung als Verpflichtungsgrund, это не договоръ признанія, Anerkennungsvertrag, создающій для обязательства *формальную основу*, независимо отъ указанной легальной презумціи. Тутъ рѣчь не о томъ, достаточно-ли *обосновано* обязательство, когда должникъ на вопросъ дарителя „spondes-ne mihi centum dare?" отвѣтилъ „spondeo" (какъ въ латинской стипуляціи), или когда *N* выдалъ *M* документъ „je reconnais devoir à *M*... 1000 francs" или „je promets de payer à *M*... 1000 francs" Art. 1132 вовсе не касается вопроса объ *образованіи* обязательства verbis, какъ въ латинской стипуляціи, и точно такъ же этотъ article не думаетъ дать правотворящую силу абстрактной сдѣлкѣ или простому договору признанія. Дѣло не въ этомъ. Толкователи думаютъ, что art. 1132 трактуетъ вовсе не *самую сдѣлку*, négoce juridique, не составъ волеизъявленія, а *только письменный актъ*, въ который сдѣлка облечена. Если текстъ закона (art. 1132) употребляетъ терминъ *convention*, то это неточность, встрѣчающаяся-де не въ этомъ только мѣстѣ Code'a, собственно же вмѣсто convention слѣдовало бы точнѣе сказать *l'acte*, l'instrument **).

И такъ, все толкованіе сводится къ тому, что Code civil признаетъ, въ силу art. 1132, существованіе долга *доказаннымъ*, хотя бы въ актѣ не было указано основаніе (cause), по которому возникло данное обязательства. Это *acte récognitif*, составляющій

*) Planiol, Traité II n° 1180—1183.
**) Baudry—Lacantinerie Précis t. II, n° 855.

medium probationis, подлежащее опроверженію, оцѣнкѣ суда, какъ и всякое иное процессуальное средство доказыванія на судѣ.

Само собою разумѣется, что *доказанность* принятаго на себя должникомъ обѣщанія уплатить 100 не замѣняетъ и никоимъ образомъ не предрѣшаетъ вопроса объ *основѣ обязательства*, которая независимо отъ доказанности акта, можетъ существовать, но можетъ и отсутствовать. Если должникъ ничего не возражаетъ по этому предмету, тогда легальная презумпція существованія такой основы могла бы замѣнить собою ея наличность въ актѣ. Вся детальная сторона дѣла представляетъ, однако, много недосказаннаго и возбуждаетъ большія контроверзы. На такой основѣ презумтивной causa трудно, конечно, строить отвѣтъ на вопросъ о пригодности подобнаго притязанія для случаевъ измѣненія въ личномъ составѣ обязательствъ, о юридическомъ дѣйствіи такихъ сдѣлокъ внѣ круга первоначально связанныхъ сдѣлкой лицъ и отношеній. Натурально, въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ возбуждено сомнѣніе по вопросу о каузальномъ моментѣ сдѣлки, одна *презумція* его существованія ничего не рѣшаетъ—судъ можетъ быть вынужденъ сверхъ этого acte récognitif, т.-е. сверхъ наличности письменнаго признанія какъ средства доказательства, потребовать отъ вѣрителя предъявленія всего состава, изъ коего въ своей первооснове сложилась юридическая сдѣлка и на коемъ покоится ея юридическая сила, т.-е. того, что французы называютъ titre primordial. Только въ виду этого состава сдѣлка, какъ договорно-обязательственная основа требованія, явится въ глазахъ суда не въ отрывкѣ, не въ отрѣшенномъ отъ каузальнаго момента образѣ, а во всей той юридической законченности, которой требуетъ отъ нея art. 1108 C. c.

Вопросъ о томъ, *въ какой моментъ* обязательственное отношеніе, основанное на такомъ послѣдовательно обнаруживающемся матерьяльномъ и формальномъ его составѣ, слѣдуетъ почитать *возникшимъ*, принадлежитъ тоже къ контроверзнымъ. Если вся правотворящая сила частнаго акта скрыта въ томъ моментѣ сдѣлки, который французы отмѣчаютъ терминомъ titre primordial,—тогда, натурально, и возникновеніе сдѣлки и, эвентуально, начало теченія исковой давности должно быть отнесено ко времени его образованія. Это составляетъ прямую консеквенцію отрицательнаго взгляда на самостоятельное значеніе послѣдующаго акта, въ коемъ не выражена каузальная основа сдѣлки, и низведеніе этого акта на степень простого процессуальнаго орудія доказыванья, простого acte récognitif.

Такъ стоялъ во Франціи *общій вопросъ* о силѣ абстрактной сдѣлки въ нокодификаціонную эпоху. Литература не проявляла къ нему живого интереса, и кромѣ отдѣльныхъ трактатовъ, принадлежащихъ особенно бельгійскимъ цивилистамъ *), французская цивилистика въ общихъ вопросахъ была мало продуктивна и если посвящала вниманіе этой сторонѣ строенія сдѣлки, то развѣ въ частномъ примѣненіи къ отдѣльнымъ видамъ сдѣлокъ и къ отдѣльнымъ институтамъ общаго и торговаго права, каковы бумаги на предъявителя и операціи вексельныя воособенности.

Въ общемъ недостаточность разработки вопроса объ абстрактной сдѣлкѣ едва ли въ эту пору и сознавалась во Франціи. Наоборотъ, въ Германіи, особенно въ территоріяхъ примѣненія латинскихъ источниковъ, проблемы изученія явленій современнаго цивильнаго обмѣна, нестѣсненныя никакими кодификаціонными рамками, оживали и расширялись постояннымъ общеніемъ нѣмецкой юриспруденціи съ первоисточниками классическаго права. Для ученія о строеніи и силѣ абстрактной сдѣлки это общеніе было настоящимъ откровеніемъ. Съ начала 40-хъ годовъ, съ появленія работъ Либе и Эйнерта и до классическаго сочиненія Бэра о Договорѣ признанія, эти успѣхи перестаютъ составлять достояніе одной Германіи и ея ученой литературы и, съ одной стороны, быстро переходятъ въ сферу судебной и законодательной практики **), а съ другой, привлекаютъ къ себѣ вниманіе французской юри-

*) Особенно слѣдуетъ отмѣтить небольшой трактатъ Ernst'a, проф. въ Льежѣ (Liège), La cause est elle une condition essentielle pour la validité des conventions? (помѣщ. въ Bibliothèque du jurisconsulte et du publiciste, 1826 г. t. 1 p. 250—264), перепечатанный позже въ диссертаціи (thèse) Timbal—De la cause. Ernst, которому Laurent не разъ воздавалъ долгъ признательности какъ профессору, совсѣмъ отвергаетъ принятое въ Code civ. ученіе о causa, какъ служащее источникомъ путаницы и ошибокъ. Однако, идеи Эрнста не нашли отголоска въ Бельгіи и имѣли успѣхъ только въ Голландіи, гдѣ появился рядъ работъ въ духѣ Эрнста (тоже указаны у Timbal и приводятся въ сочинен. Marc. Planiol, Traité, II, n. 1077 примѣч. 3). Идеямъ Ernst'a, которыя прошли во Франціи незамѣченными, далъ новый полетъ Laurent. Laurent находилъ 4-ое условіе дѣйствительности контракта (art. 1108 C. c.) излишнимъ, различеніе предмета (по нашему, состава) сдѣлки отъ основанія (cause) ненужнымъ. Эти взгляды Лорана вызвали оживленіе, по крайней мѣрѣ въ литературной обработкѣ вопроса, во Франціи (рядъ диссертацій, посвященныхъ этой матеріи, см. въ томъ-же примѣч. Marcel Planiol).

**) Для Германіи см. ст. 300, особ. 301 Allgem. Handelsgesetzbuch 5 іюня 69 г. (введен. какъ Bundesgesetz Сѣв. герм. союза и нынѣ замѣнена Handelsgesetzbuch'омъ 10 мая 1897 г.). Швейцарскій федеральный кодексъ объ обязательствахъ совсѣмъ оставилъ въ сторонѣ требованіе cause réelle et licite для обязательствъ и ограничивается требованіемъ, чтобы *предметъ договора* не былъ невозможнымъ, воспрещеннымъ и противнымъ добрымъ нравамъ (art. 17). Итальянскій кодексъ держится французской традиціи, а испанскій 24 іюля 89 г. (переводъ Levé) art 1275 воспроизводитъ коротко artt. 1131 и 1133 Code civ., а въ art 1276 видоизмѣняетъ art. 1132 C.c. въ томъ смыслѣ, что при невыраженномъ каузальномъ моментѣ, онъ *презумируется* существующимъ и дозволеннымъ, пока должникъ не докажетъ противнаго.

дической литературы. Ученіе Оттона Бэра, подвергавшееся и у нѣмцевъ большимъ нападкамъ, нашло энергическую поддержку въ лицѣ Рудольфа ф. Iering'a (см. Verhandlungen VIII и IX Juristentag'a) и скоро стало извѣстнымъ въ Бельгіи (Rivier) и во Франціи (Bufnoir) *).

Съ появленіемъ 1-го проекта Гражд. Уложенія Германской имперіи (1888 г.), 2-ая кн. котораго (Recht der Schuldverhältnisse §§ 683 и 684) кратко формулировала ученіе о принятомъ вѣрителемъ *обѣщаніи уплатить* или *признаніи* должникомъ своего *долга*, въ коемъ индивидуальное основаніе обязательства вовсе не показано или обозначено лишь вообще (ein besonderer Verpflichtungsgrund nicht angegeben oder nur im Allgemeinen bezeichnet wird, ср. § 683; очень близко къ точному смыслу art. 1132 C.c., только болѣе детально), ученіе Бэра получило легальную санкцію. Долговое обязательство этимъ абстрактнымъ обѣщаніемъ или признаніемъ несомнѣнно конституируется ровно также, какъ въ договорахъ матерьяльныхъ наличностью выраженнаго въ ихъ составѣ матерьяльнаго основанія долга. Если должнику открывается возможность такъ или иначе отклонить принятое имъ на себя выполненіе формальнаго обязательства, то лишь при наличности такихъ-же основаній, которыя служатъ для этой цѣли и въ сдѣлкахъ матерьяльныхъ, воособенности кондикціоннымъ процессомъ **), или, эвентуально, упраздненіемъ юридическаго эфекта обязательства противнаго добрымъ нравамъ и публичному порядку. Но это дѣло должника; и пока сила абстрактнаго обѣщанія или договора признанія не устранена этимъ способомъ, вѣритель самъ не имѣетъ надобности выводить въ судъ никакихъ иныхъ, кромѣ этихъ чисто-формальныхъ, основаній обязательства. При этомъ слѣдуетъ замѣтить, что поражая кондикціоннымъ или инымъ путемъ силу сдѣлки, должникъ не всегда устраняетъ весь ея эфектъ; этимъ путемъ могутъ нерѣдко быть устранены только лично для него невыгодныя послѣдствія сдѣлки, а не весь ея эфектъ (о чемъ, по поводу векселя, отчасти была рѣчь выше и будетъ позже, въ связи съ другими институтами).

Все чѣмъ, притомъ исключительно съ обрядной стороны, осложняется въ указан. Проектѣ этотъ упрощенный составъ

---

*) Rivier въ Revue de droit internat 1872 г.; Bufnoir, бывшій présid. de la soc. de législ. comparée въ Bulletin этой Société (1871—72 г.).

**) См. систему кондикцій, c. indebiti, causa data causa non secuta, c. ob turpem causam, sine causa въ соотвѣтствующ. титулахъ кн. XII Пандект. и кн. IV Код., а также въ любомъ учебн. Пандектн. права.

абстрактной сдѣлки,—это требованіемъ *письменнаго* волеизъявленія со стороны должника (§ 683 I проекть).

Ученіе объ обязательствахъ въ проектѣ 88 г. тотчасъ стало извѣстно во Франціи вмѣстѣ со всѣмъ литературнымъ движеніемъ, предшествовавшимъ его выработкѣ въ цѣломъ и съ ходомъ разработки абстрактнаго обѣщаніи и договора признанія воособенности, какъ оно опредѣлилось съ начала 40-хъ годовъ и подвигалось вплоть до публикаціи этого проекта. Всю эту обширную работу выполнилъ тогда-же (1890 г.) дижонскій, теперь парижскій профес. Raymond Saleilles *).

Насколько эти положенія перваго проекта подверглись видоизмѣненію въ послѣдующихъ чтеніяхъ и какъ они формулированы въ составѣ дѣйствующаго нынѣ гражданскаго уложенія нѣмецкой имперіи,—это было нами выше показано въ связи съ анализомъ понятія абстрактной сдѣлки вообще. Независимо отъ общаго улучшенія редакціи статей въ дѣйствующемъ уложеніи, въ отношеніи къ разсматриваемому ученію новая редакція (§§ 813 и 814) подчеркиваетъ свойство абстрактнаго договора не только какъ отрѣшенной отъ правооснованія (матерьяльнаго), но именно *какъ самостоятельно дающей основу* (формальную) *обязательству* сдѣлки. Этотъ новый оттѣнокъ редакціи особенно важенъ въ виду того, что Виндшейдъ **) до конца настаивалъ на томъ, что *смыслъ признанія* и долженъ собственно состоять въ томъ, что оно даетъ силу нѣкоторому *предшествующему* (каузальному) моменту сдѣлки. Это было бы необходимо отмѣтить, если бы мы трактовали признаніе какъ medium probationis. Между тѣмъ мы здѣсь признаніе разсматриваемъ какъ Verpflichtungsgrund, *какъ основу обязательства*. Дѣло вовсе не въ подлинности того что признано, а въ немъ самомъ, въ признаніи какъ *самостоятельной правотворящей обязательство силы*.

Это и есть прегнантное выраженіе автономнаго характера

---

*) Сочиненіе его, посвященное I проекту, Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand. (460 стр.) появилось въ 1890 г. Теперь передъ нами и 2-ой обширный его трактатъ, посвященный ученію о юридической сдѣлкѣ, не разъ выше нами цитированый, De la déclaration de volonté, публик. въ 901 г. Здѣсь, въ ученіи о каузальномъ моментѣ сдѣлки вообще и дотовора воособенности, оба трактата одинаково цѣнны для насъ, ибо въ обоихъ авторъ сопоставляетъ новое нѣмецкое ученіе о разныхъ предметахъ обязательственнаго права и общихъ ученіяхъ съ тѣми же ученіями по Code civil.

**) Объявляющій въ послѣднемъ своемъ обозрѣніи вопроса (см. Windscheid—Kipp § 412a и примѣч.) это ученіе незаконченнымъ (unfertig). Это еще незамиренное состояніе ученія, его незаконченность, не убавляетъ, а усиливаетъ его значеніе и притягательную для дальнѣйшаго изученія силу. Это не безнадежность, а исполненная самыхъ свѣтлыхъ ожиданій незаконченность ученія.

цивильнаго обмѣна. Весь юридическій эфектъ сдѣлки сконцентрированъ *въ одномъ волеизъявленіи, въ немъ самомъ*, безъ всякой опоры извнѣ. И этому вовсе не противорѣчитъ *послѣдующая* возможность упразднить такъ или иначе эфектъ сдѣлки, когда должникъ докажетъ, допустимъ, свою ошибку въ основѣ принятого имъ на себя обязательства (813, 814), или когда обязательство окажется противнымъ добрымъ нравамъ или публичному порядку *).

Такой глубокій знатокъ той и другой техники строенія сдѣлки въ обѣихъ современныхъ системахъ, французской и нѣмецкой, какъ Raymond Saleilles, не могъ не угадать и не почувствовать всего достоинства легкости, силы, подвижности новой нѣмецкой конструкціи въ сравненіи съ отечественной, французской.

Вопросъ о томъ, за какой конструкціей будущее, въ которой изъ двухъ виденъ залогъ возможности будущей общей, универсальной системы строенія цивильной сдѣлки, которой такъ смѣло коснулся Цительманъ (см. выше стр. 791), тоже не ускользнулъ отъ пытливой мысли ученаго критика обѣихъ системъ.

Сознаніе своихъ несовершенствъ всегда дѣло тяжелое. И чтобы сдѣлать этотъ гнетъ полегче, вотъ выходъ, котораго ищетъ Saleilles изъ трудной дилеммы. Цивилисту всегда особенно тяжело отречься отъ этой черты *самоопредѣленія его*, поступиться самобытностью строенія сдѣлки... Салейль и ставитъ свою задачу въ этомъ духѣ. Если говоритъ онъ, нашъ Code хочетъ въ принципѣ во что бы то ни стало наличности матерьяльно-каузальнаго момента въ составѣ сдѣлки, если ему необходимъ этотъ контрольный надъ самоопредѣленіемъ аппаратъ, то вотъ и компензація, которую даетъ намъ нашъ Code за это вмѣшательство въ автономію обмѣна. La théorie de la cause, dans le Code civil français, constitue, à la fois, une atteinte et une garantie, à l'égard du principe de l'autonomie de la volonté; elle en trace les limites, mais, en même temps, elle marque comme une frontière infranchissable aux investigations du juge **).

Вотъ что хочетъ сказать Салейль: нашъ законъ предоставляетъ суду вмѣшаться въ разсчетъ сторонъ, когда онѣ совершили

*) Ср. тотъ-же Виндшейдъ-Кипп, II, стр. 504 и 505 примѣч. Kipp'a.

**) Ученіе о causa въ Code civ. даетъ сразу и нѣкоторый ущербъ и своего рода гарантіи по отношенію къ принципу автономіи воли; теорія Code'a указываетъ ей (автономіи воли) предѣлъ, но въ то же время она намѣчаетъ родъ границы, которой не должно переступать судейское выслѣживанье, см. Saleilles—De la déclaration de volonté, стр. 252, § 1 (разборъ art. 138. Нѣм. Кодекса).

сдѣлку. Да, но зато этотъ же законъ ставитъ тому же суду нерушимую границу его изысканіямъ тѣмъ только, что обязательно (art. 1108) должно быть дано *самымъ составомъ сдѣлки*, и ни шагу дальше этого предѣла. Нѣмецкій кодексъ-де идетъ другимъ путемъ. Волеизъявленіе въ строеніи сдѣлки по новому уложенію безконтрольно, автономно и не стѣснено ничѣмъ. Но, въ то же время, судъ, призванный ограждать заинтересованнаго въ порядкѣ кондикціонныхъ исковъ, или вооружаясь противъ сдѣлки во имя публичнаго интереса, огражденія добрыхъ нравовъ, защиты неопытныхъ, безпомощныхъ противъ эксплуатаціи сильнаго, вынужденъ выходить для этой цѣли за предѣлы даннаго сдѣлкой состава.

И такъ, французская практика требуетъ матерьяльно-каузальнаго момента, но не идетъ дальше этого предѣла, *въ область мотивовъ*. Для сдѣлки нѣмецкаго стиля, формальной,—этотъ моментъ матерьяльно-каузальный не нуженъ. Но вотъ, минута сомнѣній, спора, и нѣмецкій судья не остановится на границѣ даннаго въ составѣ сдѣлки содержанія, онъ пойдетъ дальше, внутрь волевого процесса.

Мы сочлись такимъ образомъ съ нѣмецкимъ кодексомъ, съ его совершенствами, и нашъ Code, посягая на автономію воли, въ то же время ограждаетъ ее намъ, не пуская изслѣдовать внутреннихъ процессовъ воли, ея мотивовъ.

Такъ ли это, или это только выходъ изъ-подъ гнета сознанія своихъ несовершенствъ, чтобы легче вздохнуть?

Мы именно такъ думаемъ! Вопросъ сведенъ къ различію *мотива и основанія* (cause). Но развѣ мы установили это различіе? Baudry думаетъ (см. выше), что это brouillard и nuage, который будучи существенно все тѣмъ же, принимаетъ для насъ то видъ тумана, то образъ облака, смотря по разстоянію, на которое мы отошли отъ явленія.

Развѣ можно сказать, что уплачивая недолжное и требуя кондикціоннымъ процессомъ возврата, я указываю ошибочный *мотивъ*, а не ошибочную *основу* (cause) солюціи? Saleilles говоритъ—cause есть то, что въ составѣ сдѣлки, мотивъ то, что внѣ ея состава. Пусть causa будетъ то, что въ составѣ сдѣлки. Но сдѣлки есть двухъ родовъ, одинъ родъ со скрытой, *хотя и существующей causa* (это формальныя сдѣлки), другой родъ съ выраженной въ ихъ составѣ causa. Causa платежа не перестанетъ быть каузальнымъ моментомъ сдѣлки (solutio), потому только, что высылая Аврлу Агерію платежъ долга, я не специфицировалъ этой цѣли.

И такъ, нѣмецкій кодексъ, допуская инвалидацію сдѣлки пу-

темъ кондикцій, изслѣдуетъ не мотивъ, а основаніе, каузальный моментъ уплаты.

То же самое слѣдуетъ сказать и о другихъ случаяхъ кондикціоннаго процедированья. Въ нихъ вообще основой требованія служитъ тотъ или другой порокъ въ *каузальномъ моментѣ*, а не въ лежащемъ за этимъ *юридическимъ* составомъ строенія сдѣлки, внѣшнемъ, экономическомъ, психическомъ двигателѣ, *не въ мотивѣ*. При этомъ кондикціи могутъ имѣть приложеніе безразлично, и къ сдѣлкѣ съ выраженнымъ и къ сдѣлкѣ съ невыраженнымъ въ ней основаніемъ.

Развѣ это иначе во французскомъ правѣ? По art. 1132 въ ея теперешнемъ толкованіи всѣ контракты суть матерьяльно-каузальные. Но развѣ эта статья исключаетъ примѣненіе двухъ другихъ, 1131 и 1133, которыя допускаютъ une fausse cause, une cause illicite, prohibée par la loi и проч. (art. 1133)? И развѣ этотъ порокъ *каузальнаго* момента будетъ или долженъ быть виденъ изъ самаго состава сдѣлки-акта, и не можетъ быть скрытъ, замаскированъ фидуціей, симуляціей, которую открыть возможно *изъ данныхъ* лежащихъ *внѣ сдѣлки-акта*, особенно изъ такъ назыв. contre lettres*? Это должно быть ясно почтенному критику. И въ виду этого едва ли правильно компензировать несомнѣнную въ Code atteinte à l'autonomie такою garantie, которая будто полагаетъ нерушимый предѣлъ изысканіямъ суда данными состава сдѣлки, за которыми все неприкосновенно!

Для сопоставленія двухъ системъ намъ остается сдѣлать еще одинъ шагъ. Это вопросъ объ инвалидаціи сдѣлки противузаконной, вредной для интересовъ публичныхъ, противной добрымъ нравамъ, направленной на эксплуатацію нужды, легкомыслія и проч. (послѣднее особенно по § 138 Нѣм. Гр. Улож.). Эта проблема (недѣйствительность сдѣлки) имѣетъ свое мѣсто въ системѣ, и мы коснемся ея здѣсь лишь для повѣрки мыслей Saleilles о предѣлахъ вмѣшательства суда въ оцѣнку сдѣлки наличными въ ея составѣ данными, безъ покушенія изслѣдовать мотивъ, внутреннее побужденіе субъекта сдѣлки, интимную сторону дѣла.

Такъ ли это? То есть, можетъ ли какой угодно судья, французскій, нѣмецкій, опредѣлить опасное для добрыхъ нравовъ, для публичнаго интереса свойство операціи, облеченной въ гражданскую сдѣлку, исключительно изъ данныхъ ея состава, отнюдь не

---

*) Объ этихъ поводахъ инвалидаціи сдѣлки рѣчь впереди (для справки см. Planiol, II°, 1240). Непоказанная въ составѣ сдѣлки-акта основа есть, по смыслу art. 1131, все-же *cause*, также какъ и запрещенная закономъ, а не мотивъ только.

переступая, въ интересахъ огражденія частной автономіи, этой границы? Если это возможно, то развѣ въ тѣхъ рѣдкихъ случаяхъ, когда операцію совершаетъ новичекъ въ дѣлѣ. Нормально опасныя для добрыхъ нравовъ, для публичнаго интереса, направленныя на эксплуатацію нужды, легкомыслія сдѣлки выполняютъ люди бывалые, во всякомъ случаѣ умѣющіе скрыть концы своихъ продѣлокъ. И такъ, примѣнять § 118 Нѣм. Гражд. Уложенія, artt. 1131, 1133 C. c. судьѣ придется не иначе, какъ именно переходя границу ея состава и обнаруживая то, что скрыто за этой ширмой, за предѣлами сдѣлки-акта, на территоріи сдѣлки-титула (titre primordial по французск. терминологіи).

При этомъ надо имѣть въ виду, что вопросъ объ опасномъ для добрыхъ нравовъ, для публичнаго интереса, для соціальнаго равновѣсія силъ направленія сдѣлки заключаетъ въ себѣ двѣ стороны. При наличности въ дѣяніяхъ подобнаго рода состава преступленія, судебному разсмотрѣнію будетъ подлежать вовсе не вопросъ о силѣ сдѣлки, а *о вмѣненіи*, и тогда судъ не обойдетъ ни одного изъ внутреннихъ моментовъ, побужденій, мотивовъ, которыми такъ или иначе установляется степень виновности лица. Въ задачахъ такого рода все направлено на внутреннюю сторону *дѣянія, на индивидуальное изслѣдованіе*. Это задача суда уголовнаго. Инвалидація сдѣлки будетъ составлять только простую консеквенцію наличности преступленія какъ мотива операціи съ виду цивильной *).

Вопросъ о примѣненіи къ сдѣлкѣ критерія добрыхъ нравовъ, разсчетовъ на неопытность или нужду ближняго не связанъ необходимо съ дѣяніемъ преступнымъ или противунравственнымъ и не ограничивается этими предѣлами (C. pén. art 406). Опасными для добрыхъ нравовъ, вредными въ смыслѣ эксплуатаціи чужой неопытности, нужды, могутъ быть дѣянія, не признаваемыя преступленіями. Для оцѣнки сдѣлки съ этой точки зрѣнія вовсе нѣтъ нужды судьѣ входить во внутренній міръ контрагента. Никакого индивидуальнаго разслѣдованія не нужно. Гражданская юрисдикція не выходитъ вовсе изъ своихъ предѣловъ, она ограничиваетъ свое изысканіе *составомъ юридической сдѣлки*, натурально не тѣмъ только ея составомъ, который выраженъ, обнаруженъ въ ней, но и той *юридической каузальностью*, которая скрыта, не выступила наружу. Критерій, по которому судья опредѣляетъ допустимость сдѣлки съ точки зрѣнія добрыхъ нравовъ или безобидности въ пользованіи

*) На лицо договоръ товарищества (contrat de société), совершенный съ особой точностью въ соблюденіи всѣхъ цивильныхъ его реквизитовъ, а въ основѣ это настоящее мошенничество (escroquerie, Cod. pén. art. 405).

неопытностью или нуждой ближняго тоже не есть идеальный, построенный на однихъ мечтахъ о желательной чистотѣ нравовъ и высокомъ разумѣніи задачъ соціальной солидарности. Это *критерій дѣловой*, объективный, общій, который установляется знаніемъ существующихъ, практикуемыхъ въ общежитіи порядковъ, судейскимъ опытомъ. Такое изученіе и такая оцѣнка состава сдѣлки для признанія ея силы или для ея инвалидаціи не выходитъ вовсе изъ предѣловъ требованій хорошо функціонирующаго органа гражданскаго правосудія; она составляетъ прямую ихъ задачу. Въ этихъ границахъ неумѣстны никакія опасенія за цѣлость приватной автономіи. Тамъ гдѣ эта автономія угрожаетъ добрымъ нравамъ или опредѣлившимся въ жизни основамъ соціальной солидарности, она перестаетъ быть только приватной автономіей, а переходитъ въ злоупотребленіе ею, слегка, быть можетъ прикрытое наружной правильностью операціи.

Нѣтъ сомнѣнія, что въ этихъ общихъ задачахъ гражданскаго правосудія территорія примѣненія Нѣмецк. Гражд. Улож. и Code civ. не представляютъ никакихъ существенныхъ различій. Изъ этой области нечего взять для компенсаціи того ущерба (atteinte) приватной автономіи, который терпитъ она во Франціи вслѣдствіе неправильнаго пониманія art. 1132 или неразвитости во французской доктринѣ ученія объ абстрактной сдѣлкѣ, о самобытной, независящей отъ наличности въ составѣ сдѣлки ея матерьяльно-каузальнаго момента, силѣ односторонняго волеизъявленія или договора признанія, какъ достаточнаго самого по себѣ основанія обязательности сдѣлки (Anerkennungsvertrag als Verpflichtungsgrund).

И такъ, atteinte à l'égard du principe de l'autonomie de la volonté въ дѣйствующемъ Code civ., какъ его нынѣ понимаютъ, есть на лицо, а никакой компенсирующей за это garantie по отношенію къ той-же автономіи въ указаніи frontière infranchissable aux investigations du juge выраженными въ составѣ сдѣлки данными въ Code civ. нѣтъ и быть не можетъ.

Читатель легко убѣдится въ этомъ, внимательно проштудировавъ прекрасный этюдъ въ названной книгѣ (Déclaration), который Saleilles посвятилъ изученію § 138 Нѣм. Граж. Ул. въ особенности *). Въ немъ очень много мѣткаго и важнаго кромѣ общаго исходнаго выписаннаго нами положенія, назначеннаго очевидно скорѣе для замиренія взволнованнаго чувства, чѣмъ для настоящей оцѣнки двухъ системъ строенія сдѣлки.

---

*) См. 251—302 указ. сочин.

Мы не можемъ заключить этого небольшого очерка ученія объ абстрактной сдѣлкѣ, не указавъ здѣсь же на замѣтку г. А. Гасмана, напечатанную имъ въ журналѣ Мин. Юстиціи за 96 г. (мартъ), стр. 332 и слѣд. „*Обѣщаніе какъ абстрактный договоръ* *). Это случай изъ практики прибалтійскихъ судовъ. Дѣло шло о примѣненіи ст. 2907, 2910, 3105, 3106 и 3134 св. мѣстн. узакон. губ. Остз. ч. III, по силѣ коихъ „сдѣланное кому-либо обѣщаніе платить, если только оно принято другою стороною, *само по себѣ* устанавливаетъ вполнѣ дѣйствительное право требованія (ст. 3209 и 3212), *независимо отъ основанія*, побудившаго должника дать обѣщаніе“ (см. стр. 333 указ. кн. Журн. Мин. Ю.). Здѣсь мы имѣемъ случай прямого и категорическаго примѣненія ученія Бэра о договорѣ признанія (Anerkennungsvertrag), которое усвоено практикой прибалтійскихъ судовъ со времени **) появленія въ свѣтъ этой классической работы (стр. 339 тамъ же). Весь случай крайне характеренъ и вразумителенъ для ознакомленія съ ученіемъ Бэра, какъ оно было выше нами изображено, въ приложеніи его къ жизни. Весьма, конечно, было бы желательно, чтобы примѣненіе этого ученія нашло себѣ мѣсто не въ однихъ остзейскихъ судахъ, а повсюду, гдѣ цивилистическая техника достаточно развита, чтобъ отвѣчать прямымъ и разумнымъ требованіямъ живого имущественнаго обмѣна.

Нашъ проектъ, по крайней мѣрѣ въ составѣ его Общихъ положеній, не заключаетъ въ себѣ никакихъ данныхъ для разсмотрѣнія этого важнаго вопроса въ Общей части.

Этими ученіями мы собственно могли бы заключить нашу задачу сдѣлать *общій анализъ содержанія волеизъявленій въ со-*

---

*) Практика 6. межевого и 3 департ. Правительств. Сената по вопросамъ прибалтійскаго права, Опредѣленіе Правительств. Сената отъ 29 окт. 1891 г. за № 1810 по дѣлу Гофмана съ Штраусомъ.

**) Указанныя выше статьи мѣстн. Свода содержатъ *въ смыслѣ буквальномъ* немного больше *позитивныхъ* основаній для построенія на нихъ абстрактнаго обязательства, чѣмъ нашъ т. X, ч. 1. Плохо скомбинированныя общія положенія этого свода всѣ держатся на реципированномъ правѣ. Старинная нѣмецкая практика этого права, несомнѣнно вліявшая и на Остзейскій кодексъ, считала невозможнымъ примѣненіе латинской абстрактной конструкціи, вербальнаго контракта у насъ, потому что мы не реципировали необходимыхъ для его силы обрядныхъ рѣчей (verborum solennitas), на которыхъ держалась стипуляція. Въ духѣ подобныхъ ученій нѣмецкіе юрисконсульты возбуждали вопросъ, скорѣе потѣшный, чѣмъ дѣльный, не слѣдуетъ ли, однако, допустить примѣненіе абстрактнаго обязательства *между учеными*, когда у послѣднихъ окажется достаточный запасъ знаній, чтобы обмѣняться вопросомъ и отвѣтомъ, согласно обрядными требованіямъ латинскаго вербальнаго контракта?.. Свѣтлыя идеи Бэра разсѣяли и у нѣмцевъ, въ системѣ ихъ общаго права, остатки подобныхъ преданій; на русской почвѣ, въ прибалтійской окраинѣ, эти свѣтлыя построенія имѣли несомнѣнно большой успѣхъ.

стать сдѣлки и опредѣлить основныя черты различія ихъ стилей. Съ этимъ вмѣстѣ мы все время имѣли въ виду существенную для всего ученія о юридической сдѣлкѣ основную черту ея построенія, которую мы назвали *внутреннимъ формализмомъ* воли, составляющую въ той или другой степени свойство всякаго волеизъявленія, разсчитаннаго на юридическій эфектъ. Въ ученіи о сдѣлкѣ намъ слѣдовало бы перейти къ другой сторонѣ дѣла, *къ формализму внѣшнему или обрядности волеизъявленій*. Но мы считаемъ удобнымъ здѣсь же коротко указать на рядъ явленій въ практикѣ юридическихъ сдѣлокъ, который представляетъ собою любопытное *отклоненіе* отъ нормальнаго способа волеизъявленій, но не невольнаго, какой мы видѣли въ случаяхъ принужденія или ошибки, *а преднамѣреннаго*, разсчитаннаго.

Мы довольно близко подходили къ этимъ явленіямъ, когда трактовали выше внутренній формализмъ воли въ составѣ сдѣлки. Мы разумѣемъ здѣсь сдѣлки *фидуціарныя*, *симулированныя*, такъ называемую *reservatio mentalis* и *шутливыя волеизъявленія*. Такія *отклоненія* отъ нормы будутъ замѣчаться не въ сферѣ сдѣлокъ абстрактныхъ, хотя нѣкоторыя изъ нихъ возможны и здѣсь, а чаще всего въ сдѣлкахъ матеріальныхъ. Стороны, обѣ или одна, хотятъ *скрыть* подлинные свои виды и такъ маскировать ихъ показнымъ составомъ сдѣлки, чтобы этимъ достигался юридическій эфектъ *показной* сдѣлки, котораго иначе, почему либо, или вовсе нельзя, или трудно достигнуть. Въ сдѣлкѣ абстрактной всегда, согласно ея конструкціи, остается скрытой ея подлинная матеріальная основа. Это ея нормальная черта. Сдѣлки фидуціарныя и симулированныя не представляютъ собою особаго примѣненія этой *легальной* техники. Сокрытіе и маскированіе въ нихъ подлиннаго основанія или цѣли представляетъ собою технику *нелегальную*. Это нѣкоторымъ образомъ юридическая контрабанда, прикрытіе пропускнымъ флагомъ или свидѣтельствомъ товара, который собственно пропуску не подлежалъ бы.

Такой способъ дѣйствія никогда не будетъ нормальнымъ и даже безвреднымъ для слѣдующихъ ему. Есть случаи, гдѣ такое прикрытіе подлиннаго содержанія операціи *показной* сдѣлкой не представляетъ собою ничего прямо воспрещеннаго и недобросовѣстнаго, а лишь *непредусмотрѣнную*, въ скудныхъ категоріяхъ выработанныхъ въ данной системѣ типовъ сдѣлокъ, *комбинацію*. Тогда стороны поневолѣ и все же не безъ нѣкотораго риска будутъ слѣдовать этой методѣ.

Мы знаемъ ее въ разныхъ образцахъ классической и совре-

менной практики. Слабо выработаны институты *вещнаго кредита*. Въ виду этого, у насъ въ старину совершается сдѣлка по составу своему направленная вся на *пересвоеніе* имуществъ (mancipatio, купля-продажа недвижимости), совершаемая нормально alienandi или dominii transferendi causa, никогда не credendi causa.

Въ данномъ, однако, случаѣ мы прикрываемъ ею *именно кредитную* операцію, продаемъ, съ уговоромъ перепродать вещь вновь намъ (точнѣе, удерживаемъ право выкупить вещь), cum pacto fiduciae de remancipando, такъ что *подлинная* цѣль сдѣлки будетъ не отчужденіе вещи, а кредитъ продавцу суммы, которую составляетъ цѣна вещи. Въ основѣ операціи лежитъ взаимное довѣріе сторонъ. Однако, фидуціарный собственникъ, перепродавъ имущество дальше, воспользовался бы формально принадлежащимъ ему правомъ распорядиться вещью, и для довѣрчиваго продавца не оставалось бы другого средства вознаградить свои потери, какъ искъ объ убыткахъ, ничего болѣе. Итакъ, фидуціарная вещно-кредитная сдѣлка, въ смыслѣ своего эфекта, опирается на понятіе отчужденія права собственности, стало быть, на институтъ выработанный правомъ, вовсе не для тѣхъ цѣлей, для коихъ его здѣсь утилизируютъ, и въ виду того, что специфическаго института кредитно-вещнаго въ данной системѣ вовсе нѣтъ.

Фидуціарныя операціи совершаются часто между людьми близкими, или близко заинтересованными въ одномъ и томъ же дѣлѣ. Мы, товарищи, однако, пріобрѣтаемъ недвижимость для общаго дѣла такъ, что я буду фигурировать какъ собственникъ на гипотечной книгѣ, а N, мой товарищъ, какъ гипотечный вѣритель. Мы пріобрѣтаемъ имѣніе на общій капиталъ. N никогда не кредитовалъ мнѣ ни копѣйки, и между тѣмъ, въ виду слабаго развитія въ нашемъ законодательствѣ примѣнительныхъ и легкихъ для возникновенія и прекращенія формъ товарищества, мы вынуждены облечь коллективное пріобрѣтеніе въ эту форму кредитной операціи, которая, допустимъ, совершается проще и надежнѣе. Неудобства, которыя могутъ произойти отъ этой фидуціарной кредитной сдѣлки, лягутъ, конечно, эвентуально, на насъ, ибо мы не могли воспользоваться прямо подходящими къ случаю нормами правоотношеній товарищескихъ, а прибѣгли къ искусственному, неподлинному для даннаго случая типу правоотношеній и сдѣлокъ кредитныхъ. То же будетъ имѣть мѣсто, если вмѣсто довѣренности для взысканія съ моего должника я фидуціарнымъ путемъ *уступлю* моему повѣренному, цедирую мое требованіе. Когда взысканіе будетъ произведено и долгъ пога-

шенъ, то невыполненіе повѣреннымъ условія фидуціарной сдѣлки откроетъ мнѣ путь для его преслѣдованія, но не по нарушенной довѣренности, ибо таковой не было заключено, а лишь по убыткамъ, которые я понесъ въ виду такъ или иначе принаровленной къ случаю цессіи требованія.

Указанныя сдѣлки (продажа имущества, занесеніе двухъ лицъ въ разныя отдѣленія ипотечной книги, уступка требованія) суть совершенно легальныя, но *искусственно и иной разъ невпопадъ приложенныя* къ отношеніямъ, для коихъ они не подходятъ, юридическія формы. Это то же, что платье не впору. Никто въ этомъ не виноватъ, кромѣ тѣхъ, кому оно нужно и кто не умѣетъ себѣ устроить надлежащаго выбора готовыхъ образцовъ. Типы сдѣлокъ составляютъ своего рода готовыя облаченія. Если не во что облачиться, приходится брать платье не впору или не по сезону, лишь бы вовсе не остаться въ дѣлѣ серьезномъ безъ всякаго юридическаго облаченія.

Въ указанныхъ случаяхъ фидуціарной сдѣлки мы имѣли дѣло, очевидно, съ несовершенной техникой, которая встрѣчается всегда и вездѣ на невысокихъ ступеняхъ развитія юриспруденціи. Стороны хорошо знаютъ чего онѣ хотятъ, не преслѣдуютъ при этомъ никакихъ противуправныхъ цѣлей и, однако, не могутъ придти къ легальной цѣли иначе, какъ путемъ *обходнымъ*, фиктивнымъ, во всякомъ случаѣ не прямымъ, не прямо разсчитаннымъ на предположенную цѣль *). Сдѣлкѣ *неподвижной* (см. выше) они даютъ нѣкоторую подвижность. На одномъ этомъ основаніи нѣтъ возможности инвалидировать силу сдѣлки, не представляющей собою никакихъ иныхъ пороковъ.

Но, вотъ, именно этотъ самый методъ, который въ указанныхъ случаяхъ примѣняется къ задачамъ обмѣна добросовѣстнаго, нормальнаго, въ другихъ случаяхъ служитъ для цѣлей совершенно не согласныхъ съ закономъ или даже прямо ему враждебныхъ. Такихъ случаевъ практика сдѣлокъ въ разныхъ бытовыхъ условіяхъ знаетъ массы. Для нихъ трудно пріискать общую и одинаково подходящую къ любымъ явленіямъ этого рода квалификацію. Это суть дѣйствія in fraudem legis, обходные пути (Schleichwege), предпринимаемые для достиженія такихъ цѣлей, для которыхъ не только нѣтъ, но и не должно быть путей прямыхъ, легальныхъ, дозволенныхъ.

*) Выше мы имѣли случай указать очень любопытную игру юридическаго формализма въ дѣлѣ принудительнаго выкупа реальныхъ участковъ московскаго гостиннаго двора городу Москвѣ и замѣны, затѣмъ, старой тяжелой товарищеской организаціи новой формой акціонерной компаніи (см. выше. стр. 587).

Казалось бы, логическій результатъ такихъ дѣйствій долженъ заключаться въ отрицаніи всякой силы подобныхъ сдѣлокъ. Если сдѣлка есть результатъ взаимодѣйствія волеизъявленія и состава даннаго института, то, натурально, при отсутствіи одной изъ равнодѣйствующихъ (нормъ) волеизъявленіе не должно имѣть юридическаго эфекта. Это и выражаютъ юридической парѳміей— quod in fraudem legis—contra legem. Въ вопросахъ, однако, этого рода всего опаснѣе теоретизированіе. Общія мысли, какъ и общія мѣры, могутъ въ этой области всего скорѣе обмануть наши ожиданія. Общихъ мѣръ противъ неправильнаго пользованія гражданской свободой указать нѣтъ возможности. Начать съ того, что нормы закона сами очень различны по своему строенію и далеко не всегда разсчитаны на полное обезсиленіе юридическаго эфекта волеизъявленій, не согласованныхъ строго съ закономъ. Натурально, въ тѣхъ случаяхъ, когда законъ объявляетъ прямо возбраненнымъ, подъ страхомъ ничтожества, всякій обходъ извѣстной запретительной нормы, мы неизбѣжно придемъ въ результатѣ къ ничтожеству сдѣлки, совершенной in fraudem такой строгой нормы. Но это вовсе не общее правило. Въ подобныхъ случаяхъ, больше чѣмъ гдѣ либо, необходимо близкое изученіе особенностей даннаго явленія и противодѣйствіе ему такими юридическими средствами, которыя наиболѣе соотвѣтствуютъ особенностямъ случая. Иногда здѣсь можетъ оказаться достаточнымъ простой штрафъ, въ другихъ случаяхъ тотъ или другой способъ инвалидировать силу сдѣлки, наконецъ, возможны преслѣдованія злоупотребленій и болѣе энергическими мѣрами *).

Чтобы правильно разобраться среди очень пестрыхъ явленій подобной борьбы приватной автономіи противъ давленія легальныхъ нормъ въ сферѣ частнаго права, мы постараемся выдѣлить такія явленія этой борьбы, гдѣ цѣль ея составляютъ не личные корыстные виды, прикрытые легальной внѣшностью и направленные въ обходъ закона ко вреду отдѣльныхъ лицъ, а цѣли поставленныя *выше этого*, хотя далеко не всегда *возвышенно* въ лучшемъ *значеніи этого слова*. Въ подобной борьбѣ цѣлью можетъ быть не интересъ отдѣльнаго человѣка и не къ этому направленный обходъ закона, а противодѣйствіе самой установленной нормѣ, самому закону, цѣлому институту, быть можетъ, цѣлой системѣ. Противодѣйствіе въ такихъ случаяхъ бываетъ обыкновенно массовое, за практикой симулированныхъ сдѣлокъ

*) Всю область этой проблемы обширно, хотя быть можетъ, нѣсколько расплывчато, старался освѣтить Jhering въ Geist'ѣ въ ближайшемъ примѣненіи къ римскому праву (см. особ. §§ 46 и 58).

скрывается въ этихъ случаяхъ встрѣчное закону движеніе общества. Здѣсь мы имѣемъ явленіе печальнаго антагонизма между сознаніемъ общественнымъ и задачами, которыя ставятъ себѣ руководящія сферы. Законъ перестаетъ быть отраженіемъ общественнаго сознанія и идетъ на встрѣчу ему. Это имѣетъ мѣсто, натурально, въ особенности въ эпохи соціальныхъ кризисовъ, когда вмѣсто гармоническаго сочетанія соціальныхъ интересовъ мы видимъ грубое, разрушительное столкновеніе соціальныхъ группъ.

Мы не разъ имѣли случай говорить выше, что сдѣлка въ сферѣ частнаго права составляетъ настоящій пріискъ нормъ диспозитивнаго права, источникъ образованія вполнѣ жизненныхъ институтовъ въ этой области. Въ случаяхъ разсматриваемыхъ столкновеній общественнаго сознанія съ легальной нормой мы видимъ обратный процессъ. Та же сдѣлка ищетъ подорвать силу легальной нормы, подрыть ея основу, поколебать крѣпость закона, вернуть захваченную имъ сферу частной автономіи, хорошо еще, если не для простыхъ разрушительныхъ, а опять для новыхъ созидательныхъ цѣлей въ этой области.

Картины этой борьбы съ легальной нормой довольно часто освѣщаютъ собою различныя эпохи движенія законодательства въ очень различныхъ условіяхъ національной и соціальной жизни. Богатыя илюстраціи ихъ даетъ намъ вся заключительная эпоха стараго республиканскаго режима и первыя десятилѣтія новаго порядка вещей въ Римѣ именно для области институтовъ права частнаго. Отдѣльныя явленія этого же характера легко указать въ средніе вѣка.

Извѣстно, что церковь не допускала въ обществѣ христіанъ процентныхъ займовъ, ростовщическихъ сдѣлокъ вообще, которыя противорѣчили нравственнымъ принципамъ христіанскаго вѣроученія. Подъ вліяніемъ такихъ этическихъ стимуловъ процентныя сдѣлки считались вообще противозаконными для христіанъ (иначе для евреевъ, частью и для иноземцевъ вообще, для итальянскихъ банкировъ изъ Ломбардіи въ особенности). Но этотъ запретъ очень мало соотвѣтствовалъ весьма императивнымъ экономическимъ потребностямъ той же эпохи. И мы видимъ, что законъ, воспрещающій проценты, не только обходится постоянно, но что на ряду съ этими обходами образуется особый институтъ *купли ренты*, который въ практикѣ весьма удовлетворительно замѣняетъ запрещенныя прямыя операціи денежныхъ процентныхъ займовъ.

Массовое сопротивленіе легальнымъ нормамъ и цѣлому инсти-

туту вызвалъ извѣстный указъ 1714 года о единонаслѣдіи, при помощи котораго Петръ великій несомнѣнно искалъ поднять дворянское сословіе, оградить „подданныхъ" отъ неправильныхъ взглядовъ на населенное имѣніе единственно какъ на рессурсъ личныхъ и семейныхъ радостей владѣльцевъ. Цѣль не была достигнута, законъ былъ весь подрытъ мастерами обхода, юридическими минерами, и крѣпость этого института была разрушена, не для того чтобъ дать мѣсто добрымъ начинаніямъ новаго рода, а чтобъ разсѣять какъ можно шире тѣ злыя сѣмена, которыя возбуждали въ Петрѣ самыя тяжелыя предчувствія (см. выше стр. 214 и слѣд. и 655) *).

Мы не будемъ останавливаться здѣсь, какъ бы мимоходомъ, на этомъ крайне характерномъ для живыхъ процессовъ взаимодѣйствіи сдѣлокъ и институтовъ юридическихъ явленій, ибо оно само заслуживаетъ глубокаго и всесторонняго изученія въ связи съ общими проблемами исторіи права. Мы отмѣтили нѣкоторыя особенно видныя историческія явленія этого разрушительнаго дѣйствія частной сдѣлки на легальныя нормы для того лишь, чтобы показать съ какими трудностями и осложненіями иногда связанъ вопросъ объ обходѣ закона, о сдѣлкахъ притворныхъ, призрачныхъ, о симуляціяхъ въ области частнаго права.

Затѣмъ мы знаемъ такія явленія притворныхъ сдѣлокъ, гдѣ *нѣтъ и мысли о противодѣйствіи нормѣ* или институту, и гдѣ вся цѣль игры ограничивается одними болѣе или менѣе измѣнными видами воспользоваться формальными признаками сдѣлки,

---

*) Обходы закона и симуляціи какъ средства для этого не ограничиваются одной областью сдѣлокъ; они способны отравлять весь юридическій бытъ. При Петрѣ мы видимъ *симуляціи* дурачества (см. выше стр. 341—342), которыя повели къ необходимости свидѣтельствовать умалишенныхъ въ сенатѣ. Русское общество и самыя жертвы психозовъ до сихъ поръ расплачиваются невозможно тяжелымъ способомъ удостовѣрять болѣзненное состояніе разсудка за тѣ продѣлки, къ коимъ любили прибѣгать въ старые годы люди высшихъ классовъ, чтобы уклоняться отъ выполненія связанныхъ съ правами обязанностей. Мы только что осуждали выше методу общаго строенія гражданскихъ институтовъ по мѣркѣ способностей людей незрѣлыхъ. Наше время приноситъ намъ любопытную аргументацію противъ этого неправильнаго пріема. Наша практика знаетъ случаи *симулированной неграмотности* со стороны именно этихъ незрѣлыхъ въ виду того, что законъ щадитъ неграмотныхъ, и люди съ слабо-развитымъ сознаніемъ долга ищутъ стать въ ряды глупыхъ, незрѣлыхъ, неграмотныхъ, только бы не нести на ряду съ другими отвѣтственности, пользуясь наравнѣ со всѣми удобствами юридическаго быта. Есть случаи въ кассаціонной практикѣ, гдѣ лица весьма видныхъ служебныхъ положеній, состоящія въ то же время подъ опекой за неоплатные долги, настаиваютъ, чтобъ имъ, въ качествѣ опекаемыхъ, по силѣ особыхъ указовъ, предоставлена была вся *безотвѣтственность настоящихъ дѣтей*, безъ лишенія ихъ, однако, возможности опять дѣлать долги на правѣ совершенно взрослыхъ людей (кас. рѣш. за 1877 г. №№ 30, 156). И такъ, иной разъ хорошо имѣть въ рукахъ свидѣтельство грамотности, аттестатъ зрѣлости; но есть случаи, гдѣ свидѣтельство незрѣлости, безграмотности окажется цѣннѣе всякихъ другихъ.

чтобъ утилизировать ихъ, вопреки ихъ подлиннаго назначенія, для нелегальныхъ цѣлей и обыкновенно во вредъ третьимъ лицамъ. Въ этихъ случаяхъ симулянтъ направляетъ усилія не на разрушеніе института, а наоборотъ, ищетъ въ немъ опоры, чтобы съ помощью нелегальной сдѣлки произвести желательное для него измѣненіе въ данномъ юридическомъ отношеніи. Ничего болѣе!

Опять и здѣсь крайне трудно установить какія-либо общія правила для противодѣйствія эфекту такихъ симулированныхъ сдѣлокъ. Новый нѣмецкій кодексъ не входитъ вовсе въ подробности и ограничивается короткими общими положеніями, коихъ практическое примѣненіе несомнѣнно будетъ встрѣчать не мало трудностей.

Вотъ эти положенія: волеизъявленіе, которое сдѣлано по отношенію къ другому лицу, по соглашенію съ нимъ—*только для виду*,—ничтожно. Если такою (т.-е. для виду совершенной) сдѣлкой прикрывается другая, тогда имѣютъ быть примѣнены тѣ правила, дѣйствію коихъ принадлежала бы прикрытая сдѣлка (§ 117).

Симулированная, притворная сдѣлка можетъ быть *совершенно призрачной*. Я вовсе не былъ долженъ цѣлому ряду лицъ, которыя предъявляютъ къ конкурсной массѣ свои требованія. Это призрачные долги, для коихъ нѣтъ никакихъ основаній, или основанія коихъ суть подложныя. Code civil говоритъ: l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet (1131). Вся трудность только въ томъ, чтобы *доказать* отсутствіе или подложность основаній этой призрачной сдѣлки, но это часто почти неодолимая трудность. Наша практика давно знаетъ это явленіе. Въ петровскомъ законодательствѣ строго взыскивалось не только съ самого несостоятельнаго за операціи этого рода, но и съ людей *подставою* принявшихъ заемное обязательство отъ несостоятельнаго *). Дѣйствующее законодательство объявляетъ недѣйствительными, въ числѣ прочихъ, договоры и обязательства, направленныя къ *подложному переукрѣпленію* имѣній во избѣжаніе платежа долговъ (ст. 1529 г. 2). И такъ, здѣсь имѣется въ виду цѣлый обширный кругъ операцій, безсиліе коихъ основано на подложномъ составѣ волеизъявленія, въ чемъ бы ни заключался этотъ подлогъ, въ отсутствіи ли основаній или въ наличности основаній неподлинныхъ (obligations sans cause, ou sur une fausse cause).

Къ этому случаю общее положеніе Нѣм. Код., § 117 пер-

*) См. для примѣра указъ отъ 1700 г. въ П. С. З. № 1805; подобныхъ не мало въ Полномъ Собраніи Законовъ.

вый абзацъ, подходитъ несомнѣнно, также какъ art. 1131 C. c. и наша ст. 1529 п. 2 (ср. ст. 2014 п. 2). Но вопросъ—обнимаетъ ли это *общее* правило всѣ случаи призрачныхъ или подложныхъ сдѣлокъ и будутъ ли такія сдѣлки *ничтожными* и по отношенію къ третьимъ—остается открытымъ *).

Гораздо ближе къ настоящему смыслу сдѣлки притворной, симулированной, будетъ та сдѣлка, которая не есть *призрачная*, не имѣющая никакой основы, а которая имѣетъ свою каузальную основу или цѣль, но этой каузальной основы стороны, по тѣмъ или другимъ соображеніямъ, не хотятъ выдать и замѣняютъ ее другой каузальной основой или цѣлью, которая есть вымышленная. Въ этомъ случаѣ мы имѣемъ собственно *двѣ сдѣлки*, одну, которой содержаніе должно быть скрыто (диссимулировано), и другую, которая своимъ составомъ должна скрыть или закрыть первую сдѣлку. Иногда случай этой подлинной симуляціи очень близко подойдетъ къ фидуціи. Напр., мы не находимъ возможнымъ, по простымъ фактическимъ неудобствамъ, совершать заемное письмо и облекаемъ собственно заемную сдѣлку въ образъ поклажи, достигая этимъ достовѣрности факта врученія извѣстнаго количества денегъ и удаляя, затѣмъ, всѣ крайне различные по существу элементы строенія сдѣлки займа и поклажи какъ незначущіе для насъ. Мы маскируемъ одну сдѣлку другой и въ массѣ случаевъ, давая составу сдѣлки неподвижной нѣкоторую подвижность, приходимъ къ тому же практическому результату какъ при сдѣлкѣ съ невыраженнымъ основаніемъ **). Здѣсь, натурально, также возможны неожиданности какъ и при всякомъ нелегальномъ способѣ дѣйствія ***). Другой образецъ сдѣлки симулированной будетъ налицо въ томъ случаѣ, когда мы облекаемъ сдѣлку безмездную, дареніе, въ возмездную, куплю-продажу, съ цѣлью обойти законъ, который запрещаетъ дареніе между супру-

*) Бэръ безусловно противъ выраженія ... сдѣлка ничтожна въ указанномъ выше параграфомъ 117-ымъ Нѣм. Код. смыслѣ. Его аргументація любопытна (см. Контрпроектъ стр. 28 примѣч. къ § 112). Въ указанномъ параграфѣ Нѣм. Код. не видно послѣдствій, которыя „ничтожная" сдѣлка можетъ повлечь за собою по отношенію къ третьимъ лицамъ, особенно если въ ей совершеніи соучаствовали публичные органы (Регельсбергеръ Pandekten стр. 517, § 141 и прим.). Съ явленіями этого рода мы будемъ имѣть случай не разъ встрѣтиться въ курсѣ.

**) Изъ сдѣлокъ „неподвижныхъ" (по терминологіи Бринца) наиболѣе для этой цѣли пригоденъ конечно заемъ, который хотя не представляетъ собою *абстрактнаго* обѣщанія суммы, но все же *обѣщаніе суммы* и будетъ имѣть силу не только когда въ основѣ лежитъ реальная *дача суммы*, но и въ такихъ случаяхъ, гдѣ дачи не было, и заемнымъ обязательствомъ покрываются долги, возникшіе по другимъ основаніямъ (т. X ч. 1 ст. 2017).

***) Неудобства дадутъ себя чувствовать въ случаѣ пропажи принятыхъ на сохраненіе денегъ и въ разныхъ комбинаціяхъ конкурснаго производства (см. частью ниже указ. на ст. 2114 т. X ч. I).

гами (въ латинской и многихъ, кромѣ нашей, современныхъ системахъ), или дарственное отчужденіе родовыхъ имуществъ (въ нашемъ правѣ).

Для этихъ обоихъ случаевъ указанная нами выше ст. 117 Нѣм. гражд. улож. (второй абз.) дала бы такой результатъ. Для перваго случая—вмѣсто поклажи мы имѣли бы признать силу заемной сдѣлки. Буквально то же даетъ намъ ст. 2114 т. X ч. I (см. особенно удачную практику кассаціонн. департ. по Гаугеру). Для второго случая мы имѣли бы признать наличность не купли-продажи (сдѣлки притворной, симулированной), а наличность сдѣлки дарственной, которая подлежитъ инвалидаціи со стороны заинтересованныхъ (родичей), ибо безмездное отчужденіе родовыхъ имуществъ воспрещено въ ихъ интересахъ (ст. 967 т. X ч. I).

Мы видѣли, такимъ образомъ, рядъ случаевъ, гдѣ составъ волеизъявленія есть вымышленный, въ смыслѣ полной его призрачности, или замѣны подлиннаго волеизъявленія притворнымъ, и во всѣхъ случаяхъ послѣдствія далеко неодинаковы. Въ одномъ случаѣ сдѣлка ничтожна и не способна имѣть никакого юридическаго эфекта, по крайней мѣрѣ для самихъ договаривающихся. Въ другихъ случаяхъ задача юриспруденціи состоитъ въ томъ, чтобы раскрыть сквозь призракъ, сквозь симуляцію, подлинный юридическій составъ волеизъявленія и обсудить силу сдѣлки по этому ея составу. Для силы сдѣлки рѣшающимъ будетъ, стало быть, волеизъявленіе дѣеспособнаго лица, направленное на измѣненіе цивильныхъ правоотношеній въ предѣлахъ извѣстнаго института (см. выше, стр. 635 и 636), и притомъ *волеизъявленіе подлинное*, соотвѣтствующее *дѣйствительно происшедшему юридическому* событію.

На ряду съ разсмотрѣнными случаями отклоненія волеизъявленій отъ ихъ *нормальнаго* юридическаго состава мы имѣемъ еще два случая такихъ же отклоненій. Это, во-первыхъ, такъ назыв. reservatio mentalis, и во-вторыхъ, волеизъявленія несерьезныя. Ни тотъ, ни другой не разработаны въ нашей дѣйствующей системѣ, хотя и тотъ и другой несомнѣнно извѣстны нашей практикѣ. Для насъ здѣсь оба эти отклоненія отъ нормы любопытны потому въ особенности, что на нихъ выдерживаетъ пробу ученіе о *волеизъявленіи*, которое мы положили въ основу строенія сдѣлки, замѣняя этимъ прежнюю основу ученія, которую указывали *въ самой волѣ*, во внутреннемъ, а не во внѣшнемъ ея моментѣ.

Для перваго случая мы возьмемъ примѣръ изъ нашей практики, который приводили уже выше. Я пріобрѣтаю вещь въ совершенно нормальныхъ, въ юридическомъ смыслѣ, для возмездной

сдѣлки, купли-продажи, условіяхъ, и затѣмъ доказываю совершенно убѣдительнымъ образомъ, что пріобрѣтеніе было мною совершенно безъ нормальнаго для подобныхъ случаевъ намѣренія имѣть эту вещь какъ собственность, а съ исключительной цѣлью раскрыть слѣды преступленія, для чего мнѣ было необходимо нужно имѣть эту вещь въ рукахъ какъ свою.

Это настоящая reservatio mentalis. Мы спрашиваемъ, слѣдуетъ ли допустить инвалидацію сдѣлки въ виду несомнѣнно доказанной *именно этой цѣли пріобрѣтенія*, или нѣтъ? и если не слѣдуетъ, то по какимъ соображеніямъ?

На этотъ вопросъ послѣдователи ученія о *волѣ* какъ основѣ сдѣлки (Willenstheorie, см. выше стр. 707 и слѣд., 721 и слѣд.) отвѣчали и должны были отвѣчать, конечно, *утвердительно*, ибо *воли* пріобрѣсти вещь въ данномъ случаѣ у покупщика дѣйствительно не было.

Но давая послѣдовательный, въ смыслѣ принципа, отвѣтъ, писатели этого лагеря не могли не видѣть, что они, при помощи reservatio mentalis, открываютъ возможность колебать силу любой сдѣлки по этому до времени скрытому и въ надлежащую минуту выставляемому мотиву *отсутствія воли*.

Въ виду этого необходимо было искать такъ или иначе выхода изъ трудной позиціи. И мы видимъ, что выхода дѣйствительно ищутъ, и притомъ такого, который далъ бы въ результатѣ отвѣтъ *отрицательный* не по однимъ только практическимъ неудобствамъ положительнаго отвѣта, а *по внутреннимъ основаніямъ*, которыя не допускаютъ ссылки на reservatio mentalis какъ на поводъ для инвалидаціи сдѣлки.

Одинъ изъ виднѣйшихъ послѣдователей Willenstheorie въ нѣмецкой литературѣ, покойный проф. Бернгардъ Виндшейдъ, конструировалъ свой отвѣтъ такъ. Инвалидировать сдѣлку ссылкой на reservatio mentalis нельзя *потому, что право не можетъ допустить чтобы кто-либо ссылался на собственную ложь* *).

Отвѣтъ по истинѣ неожиданный!.. Если сила сдѣлки *держится на волѣ*, то какое же можетъ быть основаніе мѣшать раскрытію, когда бы то ни было и какимъ бы то ни было способомъ, подлинной основы сдѣлки, *настоящей воли*, въ замѣнъ волеизъявленія, которое было ложнымъ? Такого основанія быть не можетъ! Съ этой точки зрѣнія путь къ истиной волѣ долженъ быть всегда открытъ. — Другой вопросъ, *отчего* Виндшейдъ не допускаетъ

*) Pandekten 8-ое изд. т. I стр. 324 (§ 75 примѣч. I c.): die Mentalreservation ist desswegen unwirksam weil das Recht nicht zugestehen kann, dass Jemand sich auf seine Lüge berufe. Тутъ же вся предшествующая литература.

замѣны лжи истиной въ этомъ вопросѣ о подлинной волѣ? Оказывается, что справиться съ принципомъ подлинной воли совсѣмъ не легко, когда рѣчь идетъ не о теоретическихъ построеніяхъ, а о практическомъ примѣненіи такихъ ученій. Невозможность, прямая практическая невозможность примѣнить это ученіе и заставляетъ Виндшейда пресѣчь путь къ раскрытію истины въ замѣнѣ лжи, да одновременно съ этимъ порѣшить собственно и со всей Willenstheorie, которая оказалась совсѣмъ неспособной выдержать настоящаго практическаго искуса.

Мы вовсе не держимся этой основы въ ученіи о силѣ сдѣлки. Для силы сдѣлки мы не изслѣдуемъ психическихъ процессовъ, которые должны были предшествовать волеизъявленію. Если волеизъявленіе не есть вынужденное и не заключаетъ въ своемъ составѣ признаковъ существенной для этого состава и притомъ извинительной ошибки, то весь вопросъ, *почему захотѣлъ* N купить, продать, нанять, занять, подарить—есть для насъ безусловно праздный. Это *ничего* для сдѣлки *незначущія рѣчи*. Мы имѣемъ въ правѣ, въ правѣ гражданскомъ, въ юридической сдѣлкѣ, дѣло вовсе не съ подлиннымъ психическимъ процессомъ. Это для насъ невѣсомыя, imponderabilia. Этого нельзя ни счесть, ни опредѣлить по нашему методу. Мы имѣемъ дѣло съ волей въ извѣстныхъ ея проявленіяхъ, съ тѣмъ, что мы выше назвали *внутреннимъ формализмомъ воли* (см. выше стр. 702 и слѣд.).

Если покупщикъ утверждаетъ, что онъ *не имѣлъ намѣренія* пріобрѣсти вещи чрезъ куплю, а покупалъ, чтобъ раскрыть слѣды преступленія, то это можетъ быть правда, но такая, которая ничего не измѣняетъ въ юридическомъ эффектѣ сдѣлки. *Намѣреніе пріобрѣсти вещь мы разумѣемъ не въ смыслѣ внутреннихъ побужденій для этой операціи* (вещь понравилась, подошла кстати, можетъ пригодиться, выгодно перепродамъ, уличу мошенника и проч. подобное), а въ смыслѣ чисто формальнаго *animus dominii acquirendi*, такого намѣренія, которое все вылилось вполнѣ и окончательно въ самой *сдѣлкѣ—купли продажи*, и никакому колебанію подъ вліяніемъ предшествовавшихъ внутреннихъ процессовъ (перестала нравиться, оказалась не нужна, никто не покупаетъ, слѣдовъ преступленія, а можетъ и самого преступленія вовсе нѣтъ) не подлежитъ, пока не послѣдуетъ *новаго волеизъявленія*, или новой сдѣлки, въ которой обнаружится другое *юридическое* намѣреніе, другой animus, напр., animus dominii transferendi и проч.

Вотъ въ чемъ мы рознимся по этому вопросу отъ послѣдователей Willenstheorie. Мы тоже не допускаемъ инвалидировать

сдѣлку посредствомъ такъ назыв. reservatio mentalis; но основанія наши иныя. Для насъ внутренніе психическіе мотивы несущественны ни для возникновенія, ни для эфекта сдѣлки, а посему, если бъ было доказано, что они вовсе не тѣ, какимъ слѣдовало быть, то мы этому обстоятельству не даемъ никакого значенія и въ вопросѣ объ инвалидаціи сдѣлки (см. § 116 Нов. Герм. Гражд. Улож.). Нѣмцы даютъ еще любопытный примѣръ reservatio mentalis. N дѣлаетъ починъ подписки на памятникъ такому-то, выражая при этомъ полную увѣренность, что подписка никогда не достигнетъ необходимой суммы, и что платить подписныхъ денегъ не придется. Подписка, однако, сверхъ чаянія, пошла очень удачно и достигла положеннаго предѣла. Натурально N не въ правѣ отказать въ уплатѣ, ссылаясь на указанную reservatio mentalis.

И такъ, критерій внутренняго формализма волеизъявленія мы выдерживаемъ всюду, и примѣненіе его къ разсматриваемому вопросу ограждаетъ вполнѣ солидность сдѣлки и обезпечиваетъ интересы правильнаго цивильнаго обмѣна.

Послѣдній вопросъ, которому нынѣ даютъ видное мѣсто въ ученіи о внутреннемъ строеніи сдѣлки, есть вопроса о несерьезномъ (шутливомъ) волеизъявленіи. Если шутка очевидна для лица, къ коему волеизъявленіе обращено, то оно натурально останется безъ юридическихъ послѣдствій. Но если бы шутка осталась неразгаданной во-время, и волеизъявленіе было бы принято какъ серьезное, то указаніе на шутливый его характеръ не избавитъ такого шутника отъ неудобныхъ для него послѣдствій его шутки *).

Волеизъявленія *несерьезныя* являются нерѣдко подъ вліяніемъ упадка сознанія, который можетъ въ свою очередь быть вызванъ болѣзнью или внѣшнимъ афектомъ, напр. опьяненіемъ. Къ такимъ волеизъявленіямъ нельзя примѣнять, въ смыслѣ ихъ юридическихъ послѣдствій, тѣхъ критеріевъ, которые разсчитаны на нормальное состояніе дѣеспособнаго субъекта. Это будетъ временная, преходящая недѣеспособность, часто весьма трудно уловимая. Для устраненія опасности отъ такихъ состояній современное въ сферѣ цивильныхъ правоотношеній общее право, наше дѣйствующее и новое германское уложеніе, не даетъ иныхъ средствъ, кромѣ внѣшнихъ, обрядныхъ реквизитовъ волеизъявленія, о чемъ мы скажемъ впослѣдствіи. Въ отдѣльныхъ случаяхъ

*) Ср. §§ 118 и 122 Нов. Имп. Улож. По этимъ вопросамъ не мало потрудился Іосифъ Колеръ (Kohler) въ рядѣ статей въ Jahrbücher Jhering'a (Bd. 19 и 28), также Hartmann (тамъ жъ Bd. 20).

вся гарантія сознательной дѣятельности ограничена удостовѣреніемъ соучаствующихъ въ сдѣлкѣ лицъ, что совершающій ее находился въ это время въ состояніи здравого ума и твердой памяти. Тутъ возможны, натурально, ошибки и злоупотребленія; но доказательство болѣзненнаго состоянія, бреда, опьяненія, по существу дѣла, крайне трудно. Если бы, однако, эти условія волеизъявленія могли быть доказаны, то сдѣлка, совершенная въ состояніи временного ослабленія или помраченія сознанія, подлежала бы инвалидаціи по тѣмъ же принципамъ и въ тѣхъ же предѣлахъ, въ коихъ законодательство допускаетъ инвалидацію сдѣлокъ лицъ недѣеспособныхъ.

Широко ставить условія инвалидаціи сдѣлокъ по поводу временной потери сознанія, особенно при опьяненіи, которое достигнуто не поневолѣ, было бы опасно для надежности юридическихъ волеизъявленій, ибо состояніе опьяненія, потери сознанія, и его степени, нетрудно симулировать; а затѣмъ нѣтъ основанія облегчать уклоненія отъ гражданской отвѣтственности для лицъ невоздержныхъ.

Вопросъ о лицахъ, пользующихся болѣзненными состояніями волеизъявляющаго для своихъ цѣлей, стоитъ, натурально, совершенно особо отъ вопроса о силѣ юридической сдѣлки.

В. РАЗДѢЛЪ ВТОРОЙ.

ОВРЯДНАЯ СТОРОНА СТРОЕНІЯ ЮРИДИЧЕСКОЙ СДѢЛКИ.

§ 54.

Обрядности волеизъявленій.—Сдѣлки обрядныя или формальныя въ юридическомъ смыслѣ.—Юридическія обрядности съ исторической и практической, съ личной и общественной точки зрѣнія.—Декларативный и конститутивный характеръ обрядностей.—Болѣе или менѣе тѣсное сочетаніе сдѣлки съ реквизитомъ формы.—Разные способы формальнаго волеизъявленія.—Скудость обряда въ дѣйствующей системѣ.—Причина явленія.—Обрядность *рѣчей*.—Русская старина.—Памяти *устныхъ* сдѣлокъ.—Письмо какъ corpus negotii.

Для того чтобы воля лица вызвала въ каждомъ конкретномъ случаѣ, какъ causa efficiens извѣстнаго событія, ту или другую перемѣну въ юридическихъ отношеніяхъ, недостаточно одной ея наличности, необходимо еще, чтобы она была субъектомъ сдѣлки

выражена *) и при томъ выражена извѣстнымъ образомъ. Реквизитъ волеизъявленія для состава сдѣлки мы разобрали выше въ рядѣ ученій *о внутреннемъ формализмѣ воли* (стр. 702, 721 и слѣд.). Въ дальнѣйшемъ нашу задачу будутъ составлять *способы внѣшняго выраженія воли* или ученіе *объ обрядности волеизъявленій, о наружномъ формализмѣ* волеизъявленій.

Мы ограничимся здѣсь (въ Общей части) немногими общими положеніями, частности же найдутъ мѣсто въ ученіяхъ объ отдѣльныхъ видахъ сдѣлокъ.

Есть сдѣлки, для существованія и юридическаго эфекта которыхъ необходимъ *опредѣленный обрядъ* волеизъявленія; есть другія, для коихъ *внѣшняя сторона* волеизъявленія *безразлична*. Мы ихъ называемъ обрядными, формальными, въ первомъ случаѣ, и безобрядными, неформальными, во второмъ.

Признаковъ этихъ, однако, далеко недостаточно, чтобъ имѣть *въ юридическомъ смыслѣ* достаточный критерій для различенія обѣихъ категорій сдѣлокъ. Лицо можетъ обставлять, по собственному усмотрѣнію, свои имущественныя операціи такой помпой, которую нельзя объяснить ничѣмъ, кромѣ его личныхъ склонностей. Безобрядная сдѣлка не станетъ отъ этого формальной или обрядной въ юридическомъ значеніи этой квалификаціи. Въ виду этого Савиньи, а за нимъ и Ihering принимаютъ за рѣшающій для этой группировки сдѣлокъ критерій легальный, *объективный*, а не личный. Если обрядные реквизиты сдѣлки установлены объективной нормой, тогда и ея юридическій эфектъ будетъ, въ той или другой мѣрѣ, зависѣть отъ выполненія этихъ обрядностей, и сама сдѣлка должна быть разсматриваема какъ обрядная, формальная въ юридическомъ смыслѣ. Иначе это будетъ сдѣлка безобрядная, хотя бы соучастники и установили для

*) Въ ученіе о сдѣлкѣ входитъ, какъ было указано выше, только волеизъявленіе. Регельсбергеръ думаетъ, что воля какъ сущность мыслимая (Gedankending) вовсе *не выходитъ изъ міра внутренняго*, и то, что мы въ правѣ называемъ волей есть лишь *отраженіе ея* (Pandekten, § 136). Но, прибавляетъ онъ, эта *неточность* не есть большая, чѣмъ, напр., въ сужденіи—лѣсъ зеленъ, тогда какъ собственно таковымъ лѣсъ лишь отражается въ наблюдателѣ. Замѣтимъ по этому поводу, что для юридической техники сужденіе, воля выражена, также какъ—лѣсъ зеленъ, не можетъ разсматриваться какъ *неточность*, ибо задача юриспруденціи не есть познаніе сущности вещей, и поправка Регельсбергера—воля отразилась, вмѣсто выразилась, будетъ для нашихъ цѣлей представлять *излишнюю* точность; здѣсь тоже что въ измѣреніи времени, пространства, вѣса, гдѣ мы также не идемъ далѣе извѣстныхъ, необходимыхъ для юридической техники предѣловъ точности. Пусть наличность воли такъ или иначе была бы констатирована, независимо отъ *ея выраженія со стороны субъекта*, для насъ это не имѣло бы цѣны. Заключеніе о наличности воли отъ извѣстныхъ данныхъ, facta concludentia, не противорѣчатъ реквизиту выраженной воли, ибо, какъ увидимъ, въ извѣстныхъ условіяхъ и простое молчаніе есть тоже волеизъявленіе въ юридическомъ смыслѣ.

совершенія ея тѣ или другіе реквизиты формы. При этомъ законъ можетъ предоставить заинтересованнымъ не одну обрядность, а нѣсколько, на выборъ сторонъ, отъ чего обрядный характеръ сдѣлки не измѣнится.

Необходимо, однако, чтобы несоблюденіе установленныхъ объективной нормой обрядностей сдѣлки *отражалось на ней самой*, а не на субъектѣ сдѣлки. Если бы всѣ послѣдствія невыполненія легальнаго требованія ограничивались, напр., удвоеніемъ сборовъ съ уклонившагося отъ платежа пошлины (напр. гербоваго сбора), безъ всякаго ослабленія силы сдѣлки, то требованія этого рода, конечно, касались бы только лица, а вовсе не самой природы сдѣлки, которая можетъ, при этомъ, въ юридическомъ смыслѣ остаться безобрядною.

Мы убѣдимся въ дальнѣйшемъ, при разсмотрѣніи отдѣльныхъ способовъ обряднаго волеизъявленія, что требованія объективныхъ нормъ въ вопросахъ этого рода не представляютъ собою ничего произвольнаго, а наоборотъ, обыкновенно очень рельефно выражаютъ общее состояніе культуры въ данную эпоху и въ данномъ обществѣ *). Замѣтимъ здѣсь только, что отдаленнымъ эпохамъ и невысокому уровню культуры вовсе не соотвѣтствуетъ простота и безформенность сдѣлокъ, а скорѣе наоборотъ, упрощеніе обрядностей достигается успѣхами культуры и общимъ подъемомъ ея уровня. Мы утверждаемъ это для такой сферы волеизъявленій, гдѣ волеизъявленіе разсчитано *на юридическій эффектъ*, на высшее свойство опредѣленности, извѣстности и надежности правоотношеній, а не на простой фактическій ихъ эффектъ.

Независимо отъ историческаго освѣщенія вопроса объ обряд-

---

*) Въ общемъ эту сторону вопроса разработывали не юристы исключительно, а въ особенности историки, которые ставили себѣ цѣлью освѣщеніе успѣховъ сознанія и культуры съ помощью любыхъ бытовыхъ данныхъ, языка, религіи, права. Таковъ Grimm, котораго знаменитое изслѣдованіе von der Poesie im Recht появилось въ Zeitschr. f. d. geschichtl. R. Wissenschaft. Въ свое время Michelet Origines du droit franç. cherchées dans les symboles et formules 1837, передавалъ французскому ученому міру эти изысканія, обогащая ихъ своими работами. Новое изд. Origines Michelet сдѣлалъ Faguet. Нынѣ между историками нѣмецкаго права, дающими этимъ вопросамъ богатое освѣщеніе изъ общихъ бытовыхъ данныхъ, впереди стоитъ Brunner. У французовъ Glasson, Henri Beaune (Droit coutumier français, особ. 3-ій т., Les contrats, 1889 г.). Мы не беремъ на себя исчерпывать этого вопроса; съ нѣкоторыми частностями встрѣтимся впослѣдствіи. Для русскаго права разработка историческая этихъ проблемъ идетъ частью въ связи съ задачей изученія обычнаго права, и тоже опять съ общими проблемами изученія языка, вѣрованій, нравовъ. Богатыя указанія читатель найдетъ въ сочин. проф. Ѳ. И. Леонтовича Старый земскій обычай, о коемъ скажемъ ниже. Необыкновенною жизненностью взглядовъ на эти вопросы отличаются давнившія работы Ihering'a, изъ лучшей поры его литературной дѣятельности. Обращаемъ особое вниманіе читателя на блестящія обобщенія въ §§ 43—47 Geist'a.

ности волеизъявленій, юристы давно уже ставили себѣ задачу разъяснить практическій смыслъ обрядной обстановки юридическихъ актовъ вообще, сдѣлокъ въ особенности. Савиньи различалъ здѣсь двѣ стороны дѣла. Прежде всего, думаетъ онъ, осложненіе волеизъявленій въ вопросахъ права обязательнымъ обрядомъ имѣетъ всегда большую цѣну для лицъ совершающихъ сдѣлку, стало быть, въ субъективномъ смыслѣ. Рѣдко сознаніе содержанія, значенія сдѣлки и рѣшимость вступить въ нее созрѣваетъ у человѣка вдругъ. Обыкновенно этому предшествуетъ нѣкоторое колебаніе, за которымъ слѣдуетъ рѣшимость. Обрядная обстановка сдѣлки нерѣдко очень содѣйствуетъ тому, чтобы *пробудить* въ субъектѣ соотвѣтствующее серьезности акта настроеніе *). Ihering прямо называетъ обрядность будильникомъ сознанія. Нѣтъ никакого сомнѣнія, что во многихъ случаяхъ, гдѣ волеизъявленіе могло быть не серьезнымъ (у человѣка больного, съ сознаніемъ смущеннымъ какимъ-либо афектомъ внѣшнимъ, испугъ, опьяненіе), обрядность способна послужить сигналомъ тревоги, передъ которымъ отступитъ слабая, незрѣлая воля.

Это одна сторона дѣла. Но на ряду съ этимъ юристы даютъ высокую цѣну обрядности волеизъявленій съ точки зрѣнія удобствъ, которыя доставляетъ хорошо разсчитанный формализмъ цѣлямъ извѣстности правоотношеній въ широкихъ кругахъ лицъ заинтересованныхъ. Это точка зрѣнія общественная,—*объективныя*, по выраженію Савиньи, преимущества сдѣлокъ обрядныхъ передъ безобрядными. Ihering обращаетъ, съ этой точки зрѣнія, особое вниманіе на легкость, быстроту обмѣна, сбереженіе труда и времени, которыя получаются въ результатѣ хорошо выработанной и приноровленной къ цѣли наружной стороны волеизъявленій. Это то же, что чеканъ монеты, который избавляетъ насъ отъ необходимости изслѣдовать всякій разъ достоинство металла, опредѣлить его вѣсъ. При массовомъ обмѣнѣ стереотипный обрядъ юридическихъ волеизъявленій имѣетъ въ этомъ смыслѣ большую цѣну.

При этомъ значеніе, которое даетъ законъ соблюденію обрядовой стороны волеизъявленія въ составѣ юридической сдѣлки, есть далеко не одинаковое.

Есть обрядности, разсчитанныя главнымъ образомъ на удобство судебнаго осуществленія притязаній, основанныхъ на сдѣлкахъ. Въ этихъ случаяхъ невыполненіе обряда влечетъ за собою

---

*) ...in dem Handelnden den Zustand gesammelter Besonnenheit *zu wecken*. (System III, стр. 238).

только нѣкоторое замедленіе или неудобство въ достиженіи цѣли сдѣлки, не дѣлая вовсе волеизъявленія ничтожнымъ. Эта обрядность только *декларативнаго* характера. Образцовъ легко указать множество въ любой системѣ (см., напр., по Code civil реквизитъ письма для сдѣлокъ на сумму выше 150 фр., art. 1341 и слѣд.; по нашему общему праву такой же реквизитъ формы въ ст. 2045, 2046, 2047 т. X, ч. I).

Совершенно другое дѣло, когда выполненіе обряда составляетъ самый corpus negotii, и безъ него вовсе не существуетъ сдѣлки, хотя бы въ данномъ случаѣ было совершенно легко доказать наличность безобряднаго волеизъявленія. Въ такихъ случаяхъ указанная объективной нормой обрядность волеизъявленія будетъ составлять *конститутивный* реквизитъ строенія сдѣлки, безъ котораго она вовсе не существуетъ. Примѣромъ можетъ служить реквизитъ письма для волеизъявленій на случай смерти, который установляетъ наша дѣйствующая система. N., находясь въ здравомъ умѣ и твердой памяти (ст. 1061), сдѣлалъ, въ присутствіи совершенно достовѣрныхъ свидѣтелей, волеизъявленіе о своемъ имуществѣ на случай смерти (ст. 1010), но сдѣлалъ его устно (ст. 1023), и эта несомнѣнная воля умершаго не будетъ его духовнымъ завѣщаніемъ, ибо *законнымъ*, въ смыслѣ обрядности, будетъ только такое волеизъявленіе, которое совершено на письмѣ.

Такая *связь сдѣлки съ воплощающимъ ее обрядомъ* можетъ быть болѣе или менѣе неразрывная. Обрядность можетъ быть необходима какъ конститутивный реквизитъ *возникновенія* сдѣлки (заемное письмо, которое затѣмъ утрачено при какой-либо случайности), или еще и въ извѣстной стадіи ея *осуществленія* (домашнее завѣщаніе явлено по смерти завѣщателя и утверждено въ надлежащемъ порядкѣ), или, наконецъ, самое существованіе сдѣлки можетъ быть неразрывно связано съ наличностью данной формы, въ которой воплотилось волеизъявленіе (нѣкоторые виды предъявительныхъ бумагъ, не допускающихъ амортизаціи, напр. купоны).

Мы подвергли, такимъ образомъ, нѣкоторому анализу обрядовую сторону волеизъявленія. Мы указывали пока однѣ выгодныя стороны юридическихъ обрядностей и наружныхъ обличій волеизъявленія. Но это не одна ихъ сторона. Обрядности часто могутъ тяготить обмѣнъ, а въ этихъ случаяхъ здравые интересы общежитія ищутъ обойти ихъ по возможности безъ вреда для существа дѣла. Вмѣстѣ съ успѣхами культуры множество формальныхъ реквизитовъ волеизъявленія отживаютъ свое время,

уступаютъ мѣсто обрядамъ менѣе тяжелымъ, менѣе обременительнымъ для гражданскаго обмѣна и, наконецъ, открываютъ все болѣе и болѣе простора для такихъ способовъ изъявлять волю, которые необходимы, совершенно независимо отъ требованій легальныхъ нормъ, для того, чтобы обезпечивать за ними достовѣрность, прочность, огласку, которая существенна для предполагаемаго эфекта сдѣлки. Такимъ образомъ, на болѣе высокихъ степеняхъ культуры мы находимъ въ этой области права, на ряду съ остатками стараго формализма и обрядности въ юридическихъ волеизъявленіяхъ, множество сдѣлокъ, производящихъ весь свой юридическій эфектъ совершенно независимо отъ какой-либо специфической торжественности, къ которой обязываетъ объективное право, при наличности простѣйшихъ безобрядныхъ средствъ изъявлять свою волю, письма, слова, знака, даже молчаливаго допущенія совершиться событію, о наступленіи коего лицо было своевременно освѣдомлено и, въ случаѣ нежеланія допустить тотъ или другой его эфектъ для себя, могло въ этомъ смыслѣ, въ смыслѣ протеста, изъявить свою волю.

Эту смѣну обрядныхъ и необрядныхъ способовъ волеизъявленія мы прослѣдимъ въ дальнѣйшемъ, разсматривая отдѣльные способы или средства, какія право признаетъ какъ необходимыя или достаточныя для совершенія юридической сдѣлки.

Что касается *отдѣльныхъ способовъ обряднаго волеизъявленія*, то ихъ можно насчитать весьма много. Это можетъ быть знакъ, смыслъ котораго вполнѣ опредѣлился въ юридической практикѣ, символъ, слово, письмо, тотъ или другой способъ оставлять письменный слѣдъ волеизъявленія, соучастіе обрядныхъ свидѣтелей, общины, органовъ, удостовѣряющихъ юридическія событія, суда, администраціи, органовъ власти церковной и свѣтской, начиная отъ низшихъ до высшихъ ея представителей. Къ числу формальныхъ реквизитовъ сдѣлки могутъ принадлежать реквизиты мѣста (торгъ, площадь, биржа, судъ, храмъ) и времени (дни, dies fasti, nefasti; у насъ различія церковныя и свѣтскія; также часы дня).

Если духъ формы и обряда составляетъ продуктъ извѣстнаго состоянія общества, то, натурально, въ процессѣ развитія формъ и обрядностей юридическихъ легко наблюдать нѣкоторую закономѣрность и преемственность формъ и обрядовъ волеизъявленія, соотвѣтствующую уровню развитія общественнаго сознанія и замѣну тяжелыхъ и грубыхъ способовъ выраженія понятій и актовъ воли болѣе совершенными, простыми и легкими средствами достигать тѣхъ же цѣлей.

На службу юридическихъ актовъ, для внѣшняго ихъ выраженія, идетъ впереди *знакъ*, знаменіе (signum), эмблема, символъ, образъ. Въ исторіи права раньше другихъ способовъ волеизъявленія мы видимъ такіе, которые въ образномъ видѣ выражаютъ мысль, дѣлаютъ ее осязательною для сознанія, не привычнаго къ абстракціямъ. Съ помощью такихъ демонстрированныхъ, осязательныхъ признаковъ для слабой мысли невидимое (власть, господство) становится видимымъ (мечъ, копье), отдаленное—близкимъ (дернъ, клокъ шерсти, осколокъ колоны), скрытое—явнымъ (необходимость *лицомъ* показать чего именно требуютъ, „оже лица не будетъ, дати ему желѣзо", обрядное прикосновеніе, вѣсы). Обрядовая сторона юридическихъ актовъ, съ ихъ знаками и условной обстановкой, неизбѣжно сопровождаетъ первоначальныя явленія юридическаго обмѣна во всѣхъ его видахъ. Эту же привязанность къ внѣшнему, къ обряду, къ принятой обстановкѣ легко наблюдать и нынѣ въ жизни наиболѣе консервативныхъ классовъ общества. И на ряду съ этимъ для насъ важно отмѣтить, что эта черта въ дѣйствующемъ нашемъ гражданскомъ правѣ и процессѣ не только мало замѣтна, но положительно менѣе замѣтна у насъ, чѣмъ въ обиходѣ западной цивильной практики и цивильнаго процесса. Изо всего, что можно назвать символической обрядностью при совершеніи гражданскихъ сдѣлокъ у насъ, почти не осталось слѣдовъ въ составѣ т. X ч. 1. Это развѣ *передача вещи или вводъ во владѣніе*, которому законъ присвоиваетъ извѣстное значеніе въ вопросѣ объ укрѣпленіи правъ на имущество, *надраніе* заемнаго документа, коимъ въ коммерческомъ судѣ доказывается платежъ, если документъ при этомъ переданъ должнику и не будетъ доказана иная цѣль такого дѣйствія *), вручение задатка, какъ *знака* состоявшейся сдѣлки, удары молотка при аукціонахъ. Эту скудость обрядного въ официально дѣйствующихъ способахъ волеизъявленія нельзя объяснить отсутствіемъ преданій или потребности въ обрядахъ этого рода. Причина лежитъ въ томъ, что источникомъ дѣйствующихъ нормъ служило не обычное наше право, какъ во многихъ западныхъ системахъ, а почти исключительно указная дѣятельность стараго времени.

Болѣе свободнымъ и болѣе гибкимъ становится духъ формы, когда на службу для выраженія воли приходитъ *слово*. Исто-

*) Въ практикѣ нашихъ судовъ извѣстенъ случай такой передачи документа въ руки должника (куп. Плотниковъ въ Воронежѣ) *съ цѣлью написать новый*, чѣмъ должникъ рѣшилъ воспользоваться для доказательства уплаты долга.

рики права замѣчаютъ, однако, что и на самомъ словѣ долгое время лежитъ печать тоже извѣстной обрядности. Для знаменованія юридическихъ волеизъявленій далеко не безразлично употребленіе той или другой verborum solennitas, тѣхъ или другихъ обрядныхъ рѣчей, коими обмѣниваются лица при совершеніи сдѣлокъ и въ процессѣ. Этой *обрядностью рѣчей* очень изобилуютъ старые наши памятники сдѣлокъ и процесса, на коихъ несомнѣнно лежитъ печать строгости и условности. Русская Правда именно указывала обрядность рѣчей, когда требовала, чтобы стороны въ процессѣ извѣстнымъ образомъ вызывали другъ друга или обмѣнивались рѣчами: *не рци* ему мое, а *рци* ему тако: поиди на сводъ..., по сего *рѣчи* емлю то;... *нельзѣ рещи*: не вѣдаю у кого купилъ. Тоже не только для сторонъ, но и для послуховъ. Псковская судная грамота опорочиваетъ послушество, когда *послухъ недоговоритъ или переговоритъ*, требуя явно формальнаго тожества рѣчей сторонъ и людей, на коихъ стороны *илются*. Тоже, наконецъ, и много позже, въ Судебникѣ: „а хотя и *не великимъ словомъ* не договорилъ—(указъ къ Судебнику 21 авг. 1556 г.). *Формализмъ слова* удерживается въ процессѣ и въ XVIII в., во времена Татищева, когда истецъ проигралъ процессъ, потому что, указавъ свидѣтелей, „не домолвилъ *и на тѣхъ илюся*“ *), — также nimia subtilitas, приводящая къ той крайности, ut vel qui minimum errasset, litem perderet.

Слово, рѣчь, въ этихъ условіяхъ служитъ средствомъ юридическаго волеизъявленія сторонъ и свидѣтелей (послуховъ) далеко не какъ обыденный способъ обнаруженія мысли, воли. Для силы слова часто нуженъ сопровождающій его обрядъ, извѣстный ритуалъ, особая способность къ этому акту со стороны волеизъявляющаго, которую далеко не всѣ имѣютъ. Это *юридическій* актъ, а не простой разговорный обмѣнъ мыслей, для котораго не нужно никакихъ формальныхъ реквизитовъ. Точно также не въ любой обстановкѣ рѣчь производитъ свой юридическій эфектъ. Обмѣнъ рѣчей имѣетъ нормально произойти передъ *людьми*, на міру,

*) Образцы этого формализма слова прекрасно собраны у П. И. Бѣляева (Очерки права и процесса въ эпоху Русской Правды въ Сборникѣ правовѣдѣнія V и Спеціальное назначеніе судей и судебн. грам. въ древне-русскомъ процессѣ, тамъ же VIII). Тоже въ изслѣдованіи Jobbé-Duval Etude historique sur la revendication des meubles 1881 г. и параллельно съ этимъ Etudes sur l'histoire de la procédure civile chez les romains его же 1896 г., tome premier, la procédure par le pari (agere per sponsionem). Тоже особенно въ трудахъ Brunner'a, на которыхъ основываются послѣдующіе писатели (особ. Jobbé-Duval) и которые соединены изъ разрозненныхъ журнальныхъ статей въ собраніи сочиненій Forschungen zur Gesch. d. deutsch. u französ. R. 94 г., стр 272, 277 (Parole une fois volée ne peut plus être rappelée); особ. статьи Wort u. Form im altfranz. Proz., также Die fränk-roman. Urkunde.

гласно, передъ созванными для этого свидѣтелями-соучастниками, послухами, на торгу, на судѣ. Какая въ подробностяхъ необходима обстановка для юридическаго эфекта обрядныхъ рѣчей,— это зависитъ отъ свойства совершаемаго этимъ способомъ волеизъявленія. Иной разъ довольно гласно выразить рѣшающую волю въ кругу своихъ, семьи; въ другихъ случаяхъ необходимо соучастіе свидѣтелей изъ другого, болѣе широкаго круга лицъ, родичей, общины того или другого состава, сосѣдской, поземельной, людей одного сословія, исповѣданія.

Такая обязывающая сила слова въ составѣ юридической сдѣлки держится несомнѣнно и нынѣ; но нынѣ нерѣдко въ цѣляхъ упроченія извѣстности содержанія сдѣлки устное волеизъявленіе сопровождается еще письменнымъ ея начертаніемъ. Письмо при этомъ можетъ не составлять существенной для перфекціи сдѣлки обрядности и служить только средствомъ легчайшаго запоминанія и воспроизведенія состава сдѣлки.

Это то же, что письменное начертаніе *обычныхъ* юридическихъ нормъ, которыя отъ этого не перестаютъ быть jus non scriptum. Неволинъ даетъ намъ въ своей Исторіи Рос. Гражд. Законовъ образцы такихъ *памятей*, въ которыхъ вполнѣ отражается живой драматизмъ волеизъявленія сторонъ и послуховъ, тутъ же присутствующихъ и знаменующихъ этимъ свое *обрядное соучастіе* въ совершеніи юридическаго акта. Форма волеизъявленія есть или очень близкая къ латинской, въ первомъ лицѣ, „Се азъ такой-то“, или въ третьемъ „Се купи такой-то“ (новгородскіе акты); затѣмъ слѣдуетъ содержаніе акта, указаніе послуховъ „а на то послуси...“, иногда наименованіе писца, приложеніе печати, но безъ подписи соучастниковъ (стр. 51, 55). Такъ что весь письменный актъ представляетъ собою только *память* сдѣлки съ необходимой для ея юридическаго эфекта обстановкой.

Кто были у насъ, какъ и на западѣ, эти *писцы*,—не трудно угадать по общимъ традиціямъ грамоты и школы, которыя повсюду долгое время составляли обычное призваніе класса лицъ духовныхъ, у насъ въ особенности.

Но письмо не всегда составляетъ *только внѣшнюю* принадлежность сдѣлки, привходящій элементъ ея строенія. Мы имѣемъ весьма раннія указанія такого назначенія грамоты и письма, гдѣ явно этотъ способъ волеизъявленія образуетъ самый corpus negotii.

Это ясно изъ тѣхъ случаевъ, когда обладаніе грамоты составляетъ необходимое условіе, осуществленія права въ ней воплощеннаго и вмѣстѣ легчайшій способъ легитимаціи для любого ея

обладателя. Такія грамоты были несомнѣнно извѣстны въ древнерусской, допетровской практикѣ сдѣлокъ (кабалы) *).

И такъ, внѣшніе знаки, рѣчь, письмо, съ тѣмъ или другимъ его значеніемъ для совершенія сдѣлки, составляютъ очень ранніе смѣняющееся обрядные способы юридическихъ волеизъявленій.

Мы увидимъ впослѣдствіи, что письменный способъ совершенія сдѣлокъ представляетъ значительное разнообразіе въ смыслѣ самого метода выполненія этого обряда.

§ 55.

Обрядности волеизъявленія (продолженіе).—Соучастіе свидѣтелей.—Значеніе его въ старыхъ бытовыхъ условіяхъ.—Качества послуховъ.—Слѣды послушества въ современныхъ системахъ, Code civil и наша дѣйствующая система.—Послушество какъ вспомогательная обрядность при совершеніи сдѣлки.—Эпоха переворота. — Теперешніе реквизиты послушества. — Петровскія реформы. — Фискальный интересъ. — Сословный характеръ Екатерининскихъ установленій для укрѣпленія актовъ.—Очищеніе гражданскихъ институтовъ и развитіе общихъ способовъ корроборація.—Нотаріатъ на западѣ.—Нотаріальное положеніе 14 апрѣля 1866 г.—Черты устройства, различіе способовъ содѣйствія.—Волеизъявленія безобрядныя.

Здѣсь намъ слѣдуетъ особенно остановить вниманіе на только что указанномъ старинномъ обрядномъ рѣквизитѣ совершенія сдѣлки непремѣнно *съ соучастіемъ свидѣтелей*, которые тутъ же присутствуютъ, сидятъ, передъ которыми и происходитъ формальное волеизъявленіе. Для силы сдѣлки можетъ не быть достаточнымъ, въ смыслѣ формальныхъ ея реквизитовъ, ни одно слово, рѣчь, ни письмо, и быть совершенно необходимымъ волеизъявленіе именно *передъ людьми*. Это въ высшей степени характерная и живая сторона *всего вопроса о правотворящей силѣ сдѣлки*. Обрядность эта освѣщаетъ намъ не только историческую сторону вопроса; но она сохранила несомнѣнно рѣшающее значеніе въ отдѣльныхъ случаяхъ и для теперешней каутелярной практики.

*) Профессоръ Нерсесовъ въ своемъ трактатѣ Бумаги на предъявителя указываетъ *бѣлыя хартіи* съ великокняжеской печатью, коими были снабжены великокняжескіе посланцы въ Константинополь, чтобы пользоваться ими, въ случаѣ необходимости кредитоваться, посредствомъ начертанія на этихъ бланкахъ заемныхъ обязательствъ, кабалы. Тутъ же указанъ образецъ кабалы на 80 р. съ клаузулой на ней: а кто съ кабалой на судъ станетъ, тотъ истецъ (стр. 70 и 71). Такихъ примѣровъ старая юридическая письменность даетъ не мало; см. напр. въ Актахъ до юрид. быта относящ. т. II стр. 3 и слѣд., гдѣ мы имѣемъ закладныя съ XIV в., на столб. 11 закладная на полонную дѣвку съ клаузулой: гдѣ ся закладная кабала выляжетъ, тутъ по ней судъ и правежъ, кто (съ) сею кабалою станетъ тотъ по ней истецъ (1663 г.); тоже см. стр. 16. На стр. 17 любопытный образецъ послушества при закладѣ жены за долгъ якутомъ, „а у закладной сидѣли шаманы".

Необходимость обряднаго соучастія свидѣтелей, послуховъ, людей, мужей особенно рельефно выступаетъ въ старыхъ бытовыхъ условіяхъ, когда не только правоспособность отдѣльнаго человѣка, но и самое правосознаніе далеко не есть настолько объективное, какимъ мы его наблюдаемъ нынѣ, при дѣйствіи общеобязательныхъ легальныхъ нормъ и судебныхъ органовъ, обязанныхъ ex officio возстановлять нарушенное право. Въ условіяхъ субъективно-сознаваемаго права нельзя сослаться на готовую объективную норму. Ея нѣтъ. Скрытое право надо еще раскрыть, обнаружить всякій разъ, и для поддержки его найти опору *въ людяхъ*. Вотъ на какой глубокой бытовой основѣ держится необходимость къ совершенію сдѣлки всякій разъ призывать живыхъ соучастниковъ, на коихъ собственно и будетъ держаться дѣйствительная ея крѣпость. Болѣе не на чѣмъ ей и держаться въ этихъ условіяхъ.

Какіе именно нужны въ отдѣльныхъ случаяхъ люди,—это зависитъ отъ содержанія сдѣлки. Мы указали на это выше. Это будутъ всегда *тѣ, кому ближе правоотношеніе, подлежащее измѣненію* по волѣ субъекта сдѣлки. Соучаствовать будетъ нормально или весь союзъ (семейный, родовой, поземельный и прочее), коего касается дѣло, или отдѣльные члены союза, болѣе или менѣе солидарные съ цѣлымъ.

Подтвержденіемъ для этого общаго обряднаго реквизита совершенія сдѣлки могутъ служить явленія латинскаго права на разныхъ ступеняхъ его развитія, нѣмецкаго, русскаго, безразлично, ибо необходимость этого соучастія комицій, союзовъ самаго различнаго типа, повсюду вызывается одной и той же причиной, глубоко лежащей въ состояніи правосознанія людей въ извѣстную эпоху его развитія *).

Мы остановимся здѣсь на одной формальной сторонѣ этого обряда. Такіе соучастники сдѣлки не фактически, а *юридически* соучаствуютъ въ ея совершеніи. Они нужны не для того, чтобъ выполнить какую-либо услугу фактическаго характера при со-

---

*) Для историческаго освѣщенія вопроса мы посвятили ему въ свое время особое вниманіе въ сочиненіи, вышедшемъ 35 лѣтъ назадъ подъ заглавіемъ „Источники права и судъ въ древней Россіи“. Москва, 1869 г. Русская юридическая литература не разъ принималась за разработку этой очень важной историко-юридической проблеммы. Но едва ли гдѣ эта задача получила такую всестороннюю разработку, какъ въ замѣчательномъ трактатѣ Ѳ. П. Леонтовича „Старый земскій обычай“. Одесса, 1889 г. (изъ IV т. „Трудовъ VI Археологическаго съѣзда въ Одессѣ“), въ которомъ функція „мужей“, „послуховъ“ у сдѣлки и на судѣ поставлена опять въ тѣсную связь съ процессомъ образованія юридическихъ нормъ обычнаго права.

вершеніи сдѣлки, доставить вещь, сосчитать, записать, когда сдѣлка не есть по существу письменная. Для совершенія такихъ дѣйствій не нужна ни гражданская правоспособность соучастника, ни разумѣніе существа юридической сдѣлки. Обрядные у сдѣлки свидѣтели суть именно соучастники *юридической* операціи. Отсюда слѣдуетъ, что это не могутъ быть *случайные свидѣтели событія*. Они должны быть *призваны* къ такому соучастію. Это не могутъ быть люди не знающіе языка, на которомъ выражена сдѣлка, чуждые общенія, особенно общности правосознанія съ субъектами сдѣлки. Они нормально суть мужи, отвуда и старое обозначеніе ихъ дѣятельности словомъ *мужевать*. Стороны должны *ссылаться на нихъ* въ смыслѣ готовности ихъ содѣйствовать той сторонѣ, которая на нихъ *шлется*. Возможно, что оттуда образовалось ихъ названіе *послухами*. Они должны быть не только право-, но и дѣеспособные люди, стало быть, совершеннолѣтніе, ибо содѣйствіе ихъ передъ обществомъ, передъ судомъ, въ подтвержденіе юридической силы сдѣлки, только при этомъ условіи и можетъ быть юридически эфективнымъ. Какимъ способомъ этотъ соучаствующій союзъ или эти призванные къ содѣйствію совершенія сдѣлки люди, мужи, послухи, должны выразить свое обрядное соучастіе, на это нельзя дать общаго отвѣта. Все зависитъ отъ смысла, содержанія, значенія сдѣлки и особыхъ обрядностей, свойственныхъ данному виду волеизъявленій самихъ субъектовъ сдѣлки. И такъ, союзъ или призванные соучастники могутъ именно рѣчами, дѣйствіями выразить свое соучастіе въ совершаемомъ актѣ: Мы видимъ въ отдѣльныхъ случаяхъ мужей, которые *дѣлаютъ обходъ границъ* вмѣстѣ съ пріобрѣтателемъ поземельнаго участка, или послуховъ, которые *говорятъ въ тѣ же рѣчи*, что и стороны, *подписываютъ* актъ, *прилагаютъ печати*. Возможно, что они при семъ удостовѣряютъ отдѣльные моменты, коими условливается юридическій эфектъ сдѣлки (т. X, ч. 1, ст. 1050). Соучастіе можетъ все ограничиться *молчаливымъ присутствіемъ* при совершеніи обряда, при заключительномъ его актѣ, при прочтеніи письменнаго текста. Возможно, наконецъ, что *простая осѣдомленность* извѣстнаго круга лицъ, независимо отъ какого-либо выраженія ихъ одобренія, при одномъ отсутствіи протеста, обнаруживаетъ тоже отказъ отъ права протестовать, коимъ тоже укрѣпляется юридическій эфектъ сдѣлки.

Эта старая, вѣковѣчная основа юридической силы акта, переживаетъ нерѣдко, какъ простой, но все же существенный для сдѣлки ритуалъ, ту нѣкогда живую движущую силу, подъ вліяніемъ которой первоначально опредѣлялась, въ извѣстныхъ исто-

рическихъ условіяхъ, его необходимость *). Для насъ эта сторона дѣла здѣсь особенно любопытна. И такъ, старинныя, автономныя нѣкогда, союзныя формы давно отжили или вовсе свою силу въ вопросахъ права, права гражданскаго въ особенности, или удержали лишь слабые слѣды прежняго своего значенія, уступивъ прежнее свое значеніе нивелирующему вліянію государства, и, однако, обрядное послушество въ томъ или другомъ видѣ и съ тѣмъ или другимъ юридическимъ эффектомъ все же удержалось въ силѣ какъ необходимая обстановка сдѣлки.

Мы возьмемъ нѣсколько примѣровъ для освѣщенія этой тэзы. Code civil ставитъ, какъ общій реквизитъ для занесенія въ акты гражданскаго состоянія какого-либо даннаго, явку личную или чрезъ представителя самого заинтересованнаго въ сопровожденіи *призванныхъ* имъ свидѣтелей (témoins choisis par les personnes intéressées, testes rogati), которые должны быть *мужи* (ne pourront être que du sèxe masculin **), непремѣнно *совершеннолѣтніе* (agés de 21 ans au moins). Запись въ актахъ имѣетъ быть *имъ прочитана* и ими или за нихъ *подписана*. Все, что въ этомъ старомъ обрядѣ измѣнилъ période intermédiaire, безслѣдно поглотившій такую массу остатковъ старой союзной автономіи, въ данномъ случаѣ—это развѣ безразличіе родственныхъ связей этихъ свидѣтелей съ заявляющимъ (parents *ou autres*, art. 37). Остальное удержалось въ томъ видѣ, какъ опредѣлилось изстари, въ совершенно другую эпоху правосознанія. Это живой остатокъ настоящихъ старинныхъ послуховъ-мужей, обрядныхъ соучастниковъ многочисленныхъ юридическихъ актовъ прежняго времени.

Мы имѣемъ въ составѣ дѣйствующаго законодательства нѣ-

*) Для стараго права это соучастіе живыхъ представителей правосознанія образуетъ въ составѣ юридической сдѣлки ту равнодѣйствующую, которую позже, вмѣстѣ съ волеизъявленіемъ, даетъ для силы сдѣлки объективная юридическая норма, или извѣстный институтъ (см. выше). Значеніе для юридической силы акта соучастія такихъ послуховъ тѣмъ выше, чѣмъ менѣе извѣстно право, чѣмъ менѣе выработаны его нормы; гдѣ есть установившаяся норма, обычная или легальная, тамъ въ силу этой извѣстности права роль свидѣтелей-послуховъ является уже только *субсидіарною*. Эта роль много значительнѣе, она носитъ характеръ *правотворящаго* соучастія, когда право находится въ состояніи предшествующемъ нормѣ выраженной, въ состояніи скрытомъ. Въ сдѣлкѣ правосознаніе сторонъ и свидѣтелей изъ этого состоянія скрытой энергіи переходитъ въ новую фазу, выраженнаго въ соучастіи въ сдѣлкѣ состоянія; latente Rechtssätze изъ субъективно-сознаваемыхъ становятся опредѣлившимися, воплотившимися въ данномъ конкретномъ явленіи правосознанія. Натурально, чѣмъ яснѣе сознается право какъ общая руководящая объективная норма въ видѣ сложившагося обычая или въ законѣ, тѣмъ передъ этимъ свѣтомъ сознанія больше и больше меркнутъ первые его проблески въ соучастіи свидѣтелей, призванныхъ дать юридическую силу сдѣлкѣ.

**) Законъ 7 дек. 1897 г. допустилъ къ этой роли свидѣтелей-послуховъ и женщинъ, но не мужа и жену одновременно (см. art. 37 Code civ. и Planiol v. I. n. 517).

которые, довольно слабые, остатки нѣкогда очень могущественной въ вопросахъ права союзной организаціи, именно родовой, сочлены коей въ извѣстныхъ предѣлахъ стѣсняютъ и нынѣ свободу распоряженія со стороны собственника имуществомъ, носящимъ свойство родового. Если, однако, продавая родовое имѣніе, собственникъ *призвалъ* къ соучастію въ совершеніи купчей одного или нѣсколькихъ родичей, которые подписались на этомъ актѣ свидѣтелями (обрядными, послухами), то этимъ они настолько укрѣпили силу акта, что отчужденное имущество не можетъ уже быть ими опять возвращено въ родъ по праву выкупа *). Это живой остатокъ настоящаго юридическаго содѣйствія обрядныхъ свидѣтелей, служащаго для укрѣпленія силы волеизъявленія самого субъекта сдѣлки. Здѣсь соучастіе, выраженное въ обрядѣ *письменнаго* совершенія сдѣлки, безъ котораго и сама главная сдѣлка не имѣетъ никакой силы. Но такое же соучастіе родичей, дающее крѣпость акту продажи родового имущества, можетъ быть и *молчаливымъ*, когда продажа родового имущества оглашается во всеобщее свѣдѣніе при аукціонѣ на удовлетвореніе долговъ собственника. Родичи здѣсь молчаливо, своимъ невмѣшательствомъ, укрѣпляютъ безповоротно силу оглашенной такимъ образомъ сдѣлки съ тѣмъ же ровно эфектомъ, какъ призванные къ совершенію и подписавшіеся у купчей или въ крѣпостныхъ книгахъ рукоприкладчики и свидѣтели (ср. т. X, ч. 1, ст. 1347, 3 и 4, и 1362, 2).

Мы указывали выше, что въ допетровскую эпоху компетенція духовнаго суда обнимала, кромѣ ряда вопросовъ права брачнаго, еще и дѣла по наслѣдству, особенно по духовнымъ завѣщаніямъ. Особое основаніе близости власти духовной къ вопросамъ завѣщательнаго права условливалось возрѣніемъ на завѣщаніе какъ на актъ устроенія души отходящаго изъ сего міра. Свѣдущими въ этомъ дѣлѣ и содѣйствующими цѣли сдѣлки были, конечно, прежде всего лица духовныя, особенно отецъ духовный тестатора. Эти вѣрованія могли уступить времени; но въ обрядностяхъ, касающихся обстановки гражданскихъ сдѣлокъ, вездѣ упорно консервативныхъ, удержался и нынѣ совершенно живой слѣдъ господствовавшихъ въ старину вѣрованій. Въ виду этого, для соленнизированія духовнаго завѣщанія домашняго, писаннаго не са-

*) Мы не сомнѣваемся, что здѣсь послушество не связано исключительно съ правоспособностью *мужей*, ибо и женщины являются здѣсь равноправными съ ними сочленами родовой организаціи и сохраняютъ имуществу, къ нимъ поступившему и чрезъ нихъ наслѣдуемому, свойство родового. Этого начала равноправности нельзя, однако, расширять на всѣ случаи обряднаго послушества. См. ст. 1055 т. X ч. I.

мимъ завѣщателемъ, а имъ лишь подписаннаго, законъ и нынѣ требуетъ или трехъ свидѣтелей, или двухъ, если между ними находится *духовный отецъ* завѣщателя (ст. 1048). Это, однако, въ теперешнемъ общемъ правѣ одиноко стоящій памятникъ *стараго послушества* у сдѣлки, не требующаго дальнѣйшаго осложненія юридическимъ соучастіемъ еще другихъ лицъ, оффиціальныхъ. Во всѣхъ другихъ случаяхъ мы видимъ, что обрядные свидѣтели появляются у сдѣлокъ, совершаемыхъ съ участіемъ нотаріуса и иныхъ оффиціальныхъ агентовъ утвержденія ихъ силы. Таковъ даже тотъ второй взятый нами образецъ стараго послушества, который мы указали сейчасъ при сдѣлкахъ объ отчужденіи въ чужой родъ родового имущества.

Не будетъ ошибкой заключить, что эта старая обрядность, какъ *самостоятельный* способъ укрѣпленія силы сдѣлки, почти исчезла въ нашей теперешней каутелярной практикѣ. Послухи являются нынѣ скорѣе какъ *вспомогательная* обрядность при другихъ, внушающихъ нашему законодателю больше довѣрія.

Когда и какъ произошелъ этотъ поворотъ въ исторіи нашего права? Несомнѣнно, онъ составляетъ одну сторону того явленія, которое замѣтно повсюду, на западѣ и у насъ, именно разрушенія старинныхъ союзныхъ формъ, съ которыми связанъ былъ и прежній богатый источникъ правосознанія въ правѣ обычномъ. На западѣ, напр. во Франціи, это явленіе видно въ XVI вѣкѣ, гдѣ вмѣстѣ съ переработкой и гомологаціей обычаевъ, упадаетъ значенія свидѣтелей вообще. Но у французовъ обычай все же удержался какъ источникъ образованіи кодекса, и въ самомъ кодексѣ понятіе *призванныхъ къ юридическому соучастію* свидѣтелей вполнѣ ясно. У насъ тотъ же поворотъ произошелъ значительно позже, и притомъ много рѣзче.

Мы сейчасъ покажемъ подробно, откуда и какъ шло движеніе къ замѣнѣ стараго, вполнѣ подручнаго и необходимаго для нѣкоторыхъ видовъ сдѣлокъ, способа обрядно обставлять ихъ совершеніе. Здѣсь замѣтимъ только, что этотъ поворотъ произошелъ главнымъ образомъ подъ вліяніемъ петровской реформы актуарной части. Тогда окончательно была разбита въ этой области автономія прежнихъ союзовъ, поглощеніе всѣхъ источниковъ права однимъ указомъ и замѣна соучастниковъ сдѣлки, свидѣтелей и вольныхъ дьяковъ, новыми оффиціальными органами ея удостовѣренія.

Въ дѣйствующей системѣ свидѣтели у сдѣлокъ являются натурально не въ тѣхъ только случаяхъ, которые мы показали выше (духовная и купчая), а въ массѣ другихъ случаевъ, но

уже повсюду въ роли *субсидіарно-обрядной*. Общія опредѣленія о роли свидѣтеля у сдѣлки въ старомъ законодательствѣ, сохранившемся еще и нынѣ въ составѣ т. X ч. 1 для мѣстъ, гдѣ не введено нотаріальное положеніе 66 года, даются не самостоятельно, а въ связи съ Инструкціей надсмотрщикамъ, выработанной главнымъ образомъ на основаніи петровскихъ и нѣкоторыхъ (особенно изъ царствованія Анны Ивановны) послѣдующихъ указовъ. Въ старыхъ изданіяхъ Свода они помѣщались въ ст. 809—816 (мы беремъ изд. 57 г., которое повторяетъ прежнія, мало ихъ измѣняя); въ новыхъ (съ 87 г.) тоже находимъ въ приложеніи къ ст. 708 стт. 67—72, въ изд. 1900 г. исключен. Достаточно сопоставить эти изданія, чтобъ ясно видѣть, какъ исчезаютъ послѣдніе слѣды прежняго самостоятельнаго значенія обрядныхъ свидѣтелей. Въ изд. 57 г. даны положенія общія для свидѣтелей у актовъ, въ коихъ едва возможно узнать характерныя черты этихъ свободныхъ мужей, *призванныхъ* сторонами для юридическаго соучастія въ совершеніи сдѣлки, и на ряду съ этимъ общимъ правомъ поставлены партикуляризмы Литовскаго статута для губерній Черниговской и Полтавской, на которыхъ и въ этомъ видѣ легко узнать *подлинныя черты свидѣтелей* у сдѣлки, сталобыть, *конститутивныхъ* соучастниковъ акта, отличающія ихъ отъ свидѣтелей съ второстепеннымъ обряднымъ значеніемъ у нотаріальнаго акта, во многомъ уже приблизившихся къ *декларативной* роли, какую играютъ свидѣтели на судѣ, какъ простыя *средства доказательства* сомнительныхъ для суда, здѣсь *для нотаріуса*, данныхъ.

По Литовскому статуту въ указанныхъ статьяхъ эти свидѣтели именно *призванные* сторонами, *„лично приглашенные“* (ст. 809), сами прописывающіе въ рукоприкладствѣ родъ и существо акта (810), преимущественно *почетные мѣстные люди*, изъ помѣстныхъ дворянъ (814). Для общаго права всѣ эти черты очень затушеваны. Если это свободные граждане, то, конечно, далеко не изъ лучшихъ временъ республики, а изъ эпохи паденія, когда они съ охотой отдавали свои голоса за хлѣбъ и зрѣлища. Въ изданіи 87 г. въ указанныхъ стт. Приложенія къ ст. 708 уже не оказалось нужды напоминать Литовскій статутъ съ его почтенной стариной, ибо на мѣсто прежнихъ особенностей и тамъ сталъ общій нотаріальный порядокъ совершенія актовъ. Подлинныя черты стараго послушества стали чистой археологіей; а новое нотаріальное положеніе, взамѣнъ прежнихъ *лично приглашенныхъ мѣстныхъ помѣщиковъ, собственноручно прописывающихъ содержаніе акта*, ограничиваетъ цензъ самостоятельности

новыхъ послуховъ требованіемъ, чтобъ они не состояли на службѣ у нотаріуса и въ особенности не находились у него въ услуженіи (см. тоже въ art. 10 loi du 25 vent. an XI для témoin instrumentaire, о чемъ ниже).

Въ общей нынѣ дѣйствующей системѣ роль свидѣтеля у сдѣлки опредѣляется положеніемъ о нотаріальной части 14 апр. 1866 г., представляющимъ собою не обработку отечественныхъ источниковъ института, а прямое *заимствованіе иноземныхъ уставовъ* этого рода. По силѣ этого положенія свидѣтелями при совершеніи актовъ могутъ быть только совершеннолѣтніе, *грамотные*, извѣстные нотаріусу лично (общія опредѣленія даются въ виду актовъ, совершаемыхъ съ соучастіемъ нотаріусовъ) или по достовѣрному о нихъ засвидѣтельствованію (ст. 86 Полож. 66 г.). Не могутъ быть свидѣтелями: a) лишенные правъ состоянія или права быть свидѣтелями; b) имѣющіе физическіе недостатки, указанные закономъ и мѣшающіе воспріятію и соучастію въ актахъ (слѣпые, глухіе, нѣмые), душевно-больные; c) незнающіе русскаго языка; d) лично заинтересованные въ совершаемой сдѣлкѣ; e) служащіе у нотаріуса и его прислуга. Подлинное старое значеніе послушества слабо освѣщено въ этихъ новыхъ законоположеніяхъ.

Не въ одномъ этомъ видѣ послушества обнаруживается *юридическая* дѣятельность одного лица *вмѣстѣ* съ другимъ въ юридическихъ актахъ. То же самое видно еще и въ отдѣльныхъ институтахъ, напр., брачнаго права, гдѣ для вступленія въ союзъ супружескій требуется согласіе родителей, имущественныхъ сдѣлокъ несовершеннолѣтнихъ, когда сила сдѣлки укрѣпляется соучастіемъ попечителя въ ея совершеніи; но это формы соучастія, связанныя съ особыми институтами, а не общія. Мы тамъ съ ними и встрѣтимся.

Мы указали выше, что въ процессѣ историческомъ повсюду видна, вмѣстѣ съ успѣхами общественнаго сознанія и, конечно, съ развитіемъ обмѣна, замѣна обрядностей сдѣлокъ примитивныхъ болѣе совершенными и надежными. Тотъ же процессъ виденъ и у насъ. Знаменіе и символъ уступили мѣсто слову, письму; простѣйшіе способы обряднаго свидѣтельства должны уступить мѣсто способамъ укрѣпленія болѣе надежнымъ и общимъ.

Мы не можемъ въ подробности прослѣдить здѣсь эту любопытную смѣну историческихъ формъ волеизъявленія и ея закономѣрность.

Замѣтимъ здѣсь только, что нѣтъ необходимости полнаго и внезапнаго вытѣсненія однихъ, болѣе простыхъ и доступныхъ

способовъ содѣйствія болѣе трудными, мало доступными, хотя бы и несомнѣнно болѣе надежными, какъ нѣтъ нужды въ вытѣсненіи однѣми легальными нормами иныхъ, менѣе совершенныхъ, но болѣе близкихъ къ правосознанію живыхъ общественныхъ группъ, юридическихъ нормъ, или новыми, хотя бы весьма совершенными союзными формами (акціонерная компанія) старинныхъ, простыхъ, но все еще крѣпкихъ и живыхъ народныхъ сочлененій.

Разсмотримъ же, какіе общіе признаки этой смѣны даютъ намъ наши историческіе памятники.

Первыя свѣдѣнія о юридическомъ содѣйствіи публичныхъ органовъ, именно высшей духовной власти, совершенію имущественныхъ сдѣлокъ приходятъ намъ изъ XII в. Объ одномъ изъ многочисленныхъ княжескихъ жалованій (Андрея Боголюбскаго Кіево-Печерской Лаврѣ) монастырямъ мы имѣемъ свѣдѣніе, что оно было внесено *въ книги Константинопольскаго патріархата*. Неволинъ не считаетъ этого извѣстія достовѣрнымъ *). Но если-бъ это извѣстіе и было внѣ всякихъ сомнѣній, то, конечно, оно мало освѣтило бы характеръ *повседневнаго обычая* въ ту пору въ Россіи. Позднѣйшія извѣстія о соучастіи публичныхъ, духовныхъ и свѣтскихъ властей въ актахъ частнаго права идутъ къ намъ въ обиліи изъ вольныхъ волостей и изъ московскаго государства и притомъ въ большомъ разнообразіи (Неволинъ, тамъ же). Наиболѣе типическій способъ такого соучастія заключался въ *письменномъ начертаніи акта, съ соучастіемъ послуховъ, площадными подячими и явкѣ*, затѣмъ, *акта въ то вѣдомство, къ которому актъ относится* по своему содержанію. Такимъ соучастіемъ публичныхъ органовъ достигалась вовсе не одна только частноправная цѣль, но и ограждались интересы союза, коего ближе всего касался актъ, ибо для его совершенія нужны обрядные свидѣтели, обыкновенно члены этого союза, и охранялись интересы тягла и службы, очень рано начавшіе, особенно въ московскомъ государствѣ, играть весьма видную роль. Примѣровъ легко указать массу. Для духовныхъ завѣщаній явка совершается у епархіальныхъ архіереевъ. Для крѣпостей на вотчины и помѣстья въ помѣстномъ приказѣ, для дворовъ и дворовыхъ мѣстъ въ земскомъ приказѣ, для холоповъ—въ холопьемъ и т. д. Акты, совершаемые по городамъ, могли быть укрѣпляемы съ содѣйствіемъ мѣстныхъ воеводъ. Такія свѣдѣнія имѣютъ часто для насъ одинъ

*) Ист. Росс. Гражд. Зак. § 233, пр. 231 на стр. 53 2-й части изд. 57 г.

историческій интересъ *). Самый способъ такого содѣйствія заключался, независимо отъ особыхъ пріемовъ изслѣдованія внутренней стороны сдѣлки, *въ занесеніи акта въ подлежащія книги*, подписи на актѣ (на затыли) о справкѣ, приложеніи печати, со взысканіемъ при семъ разныхъ сборовъ. Ко времени Уложенія царя Алексѣя Михайловича этотъ порядокъ сложился, вполнѣ окрѣпъ и былъ утвержденъ какъ общій легальный обрядный способъ совершенія актовъ самаго разнообразнаго содержанія **).

Въ общемъ этотъ порядокъ заключалъ въ себѣ несомнѣнно здоровыя начала публичнаго удостовѣренія приватныхъ сдѣлокъ, совершонныхъ, съ соучастіемъ свѣдущихъ людей, посредствомъ регистраціи ихъ въ книгахъ должностныхъ лицъ. Но уже весьма скоро послѣ введенія въ дѣйствіе Уложенія мы находимъ, въ новоуказныхъ статьяхъ, признаки неудовлетворительности этого порядка. Онъ могъ представлять излишнюю сложность для совершающихъ сдѣлки, съ одной стороны; съ другой, мы видимъ на практикѣ многообразные обходы правильнаго способа совершенія сдѣлокъ. Эти обходы направлялись повидимому къ тому, чтобы расширить свободный обмѣнъ имуществъ, особенно недвижимостей, *вопреки интересамъ разнообразныхъ союзовъ*, которые отвѣчали передъ центральною властью за исправность службы и тягла сочленовъ, владѣвшихъ обремененнымъ этимъ тягломъ и службой имуществомъ. Трудно, конечно, съ полной достовѣрностью разобраться въ оцѣнкѣ этого порядка. Но вѣроятнѣе, что его слабыя стороны угрожали скорѣе интересамъ публичнымъ, чѣмъ частнымъ.

Наступившая въ самомъ концѣ XVII в. эпоха реформъ актуарной части характеризуется вся стремленіемъ дать *преобладаніе интересу публичному*, точнѣе—*фискальному*, надъ частнымъ въ

---

*) Не только акты по недвижимостямъ, но и сдѣлки по движимымъ вещамъ совершались съ содѣйствіемъ власти. Независимо отъ указаній Неволина, см. особ. Акты до юрид. быта относящіеся т. III, 1884 г., напр. № 350, гдѣ списки съ записныхъ площадныхъ конскихъ книгъ (конскія площадки голова Веденихтъ Ступаковъ съ товарищи совершаютъ рукоприкладство къ этого рода сдѣлкамъ). Тамъ же т. II, стр. 17, гдѣ при сдѣлкѣ *залога жены* якутомъ на 12 лѣтъ, подъ каковой закладъ взята этимъ якутомъ въ долгъ на 21 р. кобыла бережая (жеребая) и другіе предметы хозяйства, послухами у закладной сидѣли *шаманы*. Тамъ же, № 147, XXV, изъ конца XVI в., обязательство продавца въ книги написать купчую на имѣніе жены въ Помѣстномъ приказѣ въ Москвѣ къ извѣстному сроку подъ опасеніемъ неустойки. Утвержденіе акта лицомъ властнымъ или установленіемъ отмѣчается на самомъ актѣ *на затыли*, см. напр. тамъ же № 2 XXVI, XXVII, гдѣ виденъ обрядъ записи и справки въ Помѣстномъ приказѣ; то же въ № 148, XIX для двора городского въ земскомъ приказѣ; на четверть лавочнаго мѣста въ Приказѣ Большія Казны передъ окольничимъ А. И. Ржевскимъ съ товарищи № 150, XVI и масса другихъ характерныхъ операцій.

**) Въ Уложеніи см. особ. гл. X, XVI, XVII, XVIII, XX (указаніе статей въ этихъ главахъ по Неволину § 234 примѣчанія).

порядкѣ совершенія сдѣлокъ любого рода. Для этого прежде всего, начиная съ 1699 г., идутъ то очень крутыя, то болѣе примирительныя мѣры къ тому, чтобъ дать публичнымъ писцамъ, площаднымъ подъячимъ Ивановской площади, постоянную обязательную организацію со слабыми признаками корпоративнаго строя и строгими началами легальной регламентаціи всей ихъ дѣятельности и подчиненіемъ надзору частью своихъ же отвѣтственныхъ сочленовъ, частью разныхъ властей и установленій, съ центральнымъ вѣдомствомъ сначала Оружейной Палаты, впослѣдствіи Юстицъ-коллегіи. Не можетъ быть сомнѣнія, что задача Петра при этомъ заключалась вовсе не въ облегченіи гражданскаго обмѣна. Введеніе гербовой бумаги для совершенія актовъ ложилось значительной тягостью на всякаго рода акты, и дѣятельность новыхъ органовъ корробораціи была разсчитана прежде всего на неукоснительное поступленіе въ казну этой новой отрасли государственнаго дохода. Этимъ собственно довершается картина поглощенія дѣлъ частныхъ, челобитчиковыхъ, задачами общенародными, особенно „интересными“, которую мы дали выше, трактуя понятіе лица и вещи въ эпоху Петровскихъ реформъ (Введеніе, стр. 208).

Интересъ казны требовалъ величайшей централизаціи надзора за совершеніемъ актовъ, и эта цѣль шла впереди, преслѣдовалась неуклонно на счетъ удобствъ пользованія содѣйствіемъ такихъ центральныхъ установленій для совершенія сдѣлокъ въ мѣстахъ отдаленныхъ отъ центра. Это особенно ясно на обмѣнѣ съ недвижимостями, съ обладаніемъ которыми былъ связанъ интересъ службы. Сдѣлки этого рода могли быть совершаемы неограниченно только въ центральныхъ установленіяхъ, а въ мѣстахъ удаленныхъ отъ центра—только въ городахъ значительныхъ, гдѣ были Розряды, вѣдавшіе дѣла службы, и притомъ обыкновенно на небольшія суммы. Всѣ виды сдѣлокъ, подлежавшіе корробораціи публичныхъ органовъ и новой пошлинѣ, раздѣлены были на *разряды крѣпостей* по различію ихъ юридическаго эффекта и по размѣру сборовъ, коимъ эти крѣпости подлежали. Налогъ шелъ впередъ и размѣръ его былъ очень значительный. Съ купчихъ на недвижимости по указу о единонаслѣдіи брали по гривнѣ съ рубля. Въ связи съ этимъ преобладаніемъ фискальныхъ цѣлей надъ служебными для частныхъ лицъ, при этой новой системѣ, идутъ постоянныя уклоненія отъ тягостей и неудобствъ пользованія содѣйствіемъ публичныхъ органовъ для силы и дѣйствительности актовъ и тяжелыя послѣдствія такихъ уклоненій для той и другой стороны.

Въ Екатерининскую эпоху, въ связи съ учрежденіемъ о губерніяхъ въ 1775 г., установленія для содѣйствія въ совершеніи гражданскихъ сдѣлокъ несомнѣнно *приближаются къ мѣстамъ и лицамъ*, имѣющимъ интересъ въ этомъ содѣйствіи. Юстицъ-коллегія, которая служила центральнымъ органомъ этой функціи, уничтожена, и совершеніе актовъ передано Гражданскимъ Палатамъ, Уѣзднымъ Судамъ, вѣрнѣе, состоящимъ при нихъ установленіямъ для крѣпостныхъ дѣлъ, а затѣмъ цѣлымъ разрядамъ маклеровъ и нотаріусовъ по разнымъ спеціальнымъ отраслямъ частноправныхъ сдѣлокъ (частные маклеры, маклеры слугъ и рабочихъ, ремесленныхъ управъ, судоходныхъ расправъ, цеховыхъ, магистраты и ратуши, словесные суды и проч. *).

Въ этихъ старыхъ бытовыхъ условіяхъ мы никоимъ образомъ не могли для охраны общихъ имущественныхъ интересовъ гражданъ выработать единой системы установленій судебныхъ, ибо право гражданское въ ту пору нельзя было отдѣлить отъ сословныхъ основъ всего государственнаго и соціальнаго строя. Мы не могли, естественно и въ связи съ этимъ, имѣть и общихъ установленій для публичной корроборація гражданскихъ сдѣлокъ. Вся актуарная часть также распадалась на разныя группы, на отдѣльныя, специфическія задачи, какъ были разбиты установленія судебныя, какъ разобщены были и самыя нормы и самые институты гражданскаго права, въ коихъ была масса элементовъ розни и крайне мало началъ общности. Если что-либо продолжало связывать всю эту рознь цивильныхъ нормъ въ нѣкоторое единство (внѣшнее), то развѣ все тотъ же *интересъ фиска*, который продолжалъ стоять впереди всего, осложняя, замедляя, ставя на второй планъ дѣятельность всѣхъ нотаріальныхъ установленій на пользу заинтересованныхъ лицъ и выдвигая на первое мѣсто задачу сборовъ, гербоваго, пошлинъ крѣпостныхъ и иныхъ наименованій ото всѣхъ актовъ, которые требовали въ томъ или иномъ смыслѣ содѣйствія публичныхъ органовъ и занесенія въ оффиціально-достовѣрные реестры или книги. Въ банкротскомъ уставѣ 1800 г. съ реквизитами нѣкоторыхъ формъ и обрядовъ при совершеніи сдѣлокъ и особенно съ требованіемъ веденія торговыхъ книгъ для торговыхъ операцій связаны были не только очень важныя юридическія послѣдствія, каково напр. опредѣленіе свойства несостоятельности, но на ряду съ этимъ стоящій на самомъ видномъ мѣстѣ опять интересъ фискальныхъ сборовъ. Александровская эпоха, какъ и петровское царствованіе, осо-

*) Подробности у Неволина §§ 237—245.

бенно послѣ ряда разорительныхъ войнъ, поставила въ актуарной части задачи сборовъ вновь на первое мѣсто. На этотъ разъ борьба противъ налоговъ пошла со стороны людей торговыхъ, которые всячески избѣгали подчинять свои операціи обязательной записи въ торговыя книги, обремененныя тоже гербовой пошлиной. Сопротивленіе было массовое. Согласно закону торговцы за уклоненія, кромѣ разныхъ невыгодъ, подлежали еще платежу пеней и судебнымъ преслѣдованіямъ. Количество неисправныхъ достигло такихъ размѣровъ, что отдавать подъ судъ приходилось едва не все купечество. Въ 24-мъ году, послѣ цѣлаго ряда понудительныхъ мѣръ, найдено было, по журналу Комитета Министровъ отъ 22 янв. и 26 февр. этого года, болѣе цѣлесообразнымъ отмѣнить отдачу подъ судъ за невыполненіе требованій закона, а начатыя дѣла прекратить, на что испросить Высочайшее соизволеніе, каковое 26 февр. 24 года и воспослѣдовало *).

Екатерининская система нотаріальныхъ установленій и старые порядки актуарной части, съ частными видоизмѣненіями, удержались вплоть до эпохи великихъ реформъ. Это не могло быть иначе. Для того чтобъ старый, разбитый на массу специфическихъ органовъ и способовъ укрѣпленія сдѣлокъ, порядокъ уступилъ мѣсто новому, необходимо было, чтобъ на мѣсто привилегированной правоспособности стала гражданская правоспособность общая, для лицъ и вещей, чтобы на мѣсто сословныхъ судовъ и интересовъ защиты гражданскаго права, смѣшанныхъ съ задачами нецивильными (служба, тягло) и въ особенности съ фискальными цѣлями, наступили другія условія имущественнаго обладанія и способа защиты гражданскихъ правъ. Только въ связи съ этимъ измѣненіемъ всѣхъ старыхъ бытовыхъ основъ и очищеніемъ гражданскихъ институтовъ отъ нецивильныхъ примѣсей могли и должны были измѣниться и способы публичной корроборації гражданскихъ сдѣлокъ, и только съ этой поры они могли стать общими для всего государства.

Время для этой реформы наступило вслѣдъ за освобожденіемъ крестьянъ и введеніемъ общихъ судебныхъ установленій по уставамъ 20-го ноября 1864 г. Актъ, которымъ установлена эта новая общая организація нотаріата и разработанъ общій порядокъ совершенія гражданскихъ сдѣлокъ съ содѣйствіемъ спеціально для этой цѣли назначенныхъ органовъ составляетъ Положеніе о но-

*) Ср. особ. В. Ѳомина Собраніе узаконеній о векселяхъ, банкротахъ и прочее 1826 г., заключающее въ себѣ обозрѣніе законодательнаго движенія по этимъ вопросамъ за продолжительную эпоху, особ. стр. 343 и слѣд.

таріальной части апрѣля 14-ое 1866-го г., нынѣ входящее въ составъ тома XVI части первой. Съ тѣхъ поръ это новое Положеніе успѣло почти вовсе вытѣснить изъ практики не только старое приложеніе къ ст. 708 т. X ч. I, но распространилось и на губерніи Варшавскаго судебнаго округа и на губерніи прибалтійскія, съ нѣкоторыми видоизмѣненіями, какъ это видно изъ раздѣла V и VI Нотаріальнаго положенія въ его теперешнемъ составѣ въ т. XVI ч. I Св. Зак. Росс. Имп.

Содѣйствующимъ для совершенія гражданскихъ сдѣлокъ, какъ увидимъ позже, при обозрѣніи отдѣльныхъ институтовъ, является у насъ не одинъ нотаріатъ. Но что нотаріатъ есть *главный* и *общій* органъ, котораго существеннѣйшая функція есть нынѣ именно *эта служебная для корроборации частныхъ сдѣлокъ*, въ этомъ не можетъ быть сомнѣнія, хотя нотаріусы и нынѣ наряду съ этимъ, выполняютъ и другую функцію, отвѣчающую цѣлямъ фискальнымъ (ст. 193 и слѣд. Пол. о нот. ч.).

Такъ какъ самое установленіе нотаріальной части, хотя въ общихъ своихъ основахъ вовсе не чуждое и нашему старому праву, есть, въ его новомъ видѣ, несомнѣнно заимствованное, то въ дальнѣйшемъ для насъ не лишено будетъ интереса короткое обозрѣніе судьбы этого учрежденія на западѣ, откуда оно пришло къ намъ въ его теперешнемъ видѣ.

Еще въ Римѣ существовало однородное съ нотаріатомъ понятіе tabelliones, хотя тамъ нотаріатъ и не выработался въ теперешнія его формы и не исполнялъ современныхъ нотаріальныхъ функцій. Не играя видной роли въ латинской каутелярной практикѣ, римскій нотаріатъ, эти tabelliones, пережилъ Римъ и былъ впослѣдствіи утилизованъ церковью, особенно и главнымъ образомъ для засвидѣтельствованія и закрѣпленія церковныхъ ординацій, даруемыхъ церкви пожертвованій и привилегій. Въ эпоху каролинговъ нотаріусы служатъ цѣлямъ публичнаго удостовѣренія собственно процессуальныхъ дѣйствій, и около этой функціи современемъ развивается вся ихъ роль содѣйствующаго публичной достовѣрности многообразныхъ сдѣлокъ спеціальнаго органа. Въ 12 в. мы находимъ ихъ въ Италіи образующими уже могущественную корпорацію, дѣйствующую, сообразно своимъ статутамъ, на широкомъ пространствѣ тогдашнихъ разрозненныхъ земель и опирающуюся на авторитетъ императора или папы. Члены этой корпораціи, которой принадлежала сильно развитая дисциплинарная власть, дѣйствовали повсюду именно какъ органы удостовѣренія событій и сдѣлокъ важныхъ не только для частнаго, но и для публичнаго права. Эта форма нотаріата, самобытная и крѣп-

кая организація коллегіи нотэровъ, удерживалась въ Италіи во всю средневѣковую эпоху. Такъ какъ юридическая сила публично ими въ надлежащей формѣ удостовѣренныхъ актовъ, instrumenta guarentigiata, признавалась и предполагалась безспорною, то къ услугамъ этой корпораціи прибѣгала и церковь, и свѣтскія власти, и городскія общины, и частныя лица. Коллегія нотэровъ достигла, такъ сказать, вселенскаго признанія надежности совершаемыхъ съ ея содѣйствіемъ юридическихъ операцій, и этимъ она была обязана могучему развитію корпоративнаго строя съ своей юрисдикціей на случай пререканій и столкновеній, которыя могли произойти между нотэрами, съ одной стороны, и нотэрами и ихъ кліентами, съ другой. Въ этой организаціи порядка и самоуправленія общины нотаріусовъ лежалъ прочный залогъ ихъ независимости, а слѣдовательно, и способности правильно и надежнымъ образомъ удостовѣрять важныя для правовой жизни событія и акты. Съ этимъ значеніемъ и съ этими качествами италіянскій нотаріатъ привился очень хорошо во Франціи, поддерживаемый королевской властью (notaires royaux), и выдержалъ тутъ не только всѣ другъ друга смѣнявшія системы государственнаго управленія, но и большую революцію, такъ что нотаріатъ во Франціи и до сихъ поръ функціонируетъ самостоятельно, наравнѣ съ судомъ, съ значительною долею корпоративныхъ правъ, въ очень широкой сферѣ публично-достовѣрнаго и необходимаго для частныхъ лицъ юридическаго содѣйствія. Во Франціи судъ никому не дѣлаетъ никакихъ услугъ, онъ только судитъ; всѣ формы *содѣйствія* частнымъ лицамъ въ ихъ юридическихъ актахъ лежатъ исключительно на обязанности gens de la plume, особенно нотаріусовъ. Совершенная съ *содѣйствіемъ* нотаріата сдѣлка способна пріобрѣсти не только характеръ публично достовѣрной, но и подлежащей безъ содѣйствія суда исполнительному производству *).

Таково значеніе французскаго нотаріата. Что касается его организаціи, то существенныя стороны ея таковы. Это суть публич-

*) Sosthène-Berthellot, Esprit, législation et jurisprudence du Notariat. Эта небольшая книжка, кромѣ текста закона 25 Ventose an XI, содержитъ толкованія и защиту существующаго порядка отъ постоянныхъ покушеній его улучшить, въ формѣ переписки съ сыномъ (cher Isidore). По указан. пункту, авторъ говоритъ: les actes notariés ont entre les contractants la force d'une loi et sont, comme les jugements et arrêts, exécutoires au nom de l'autorité souveraine sur la grosse ou copie qui en est délivrée par le notaire quand il y a lieu; car tous les actes ne sont pas susceptibles d'une exécution forcée (стр. 27 и art. 19, стр. 132). Литература неисчерпаемая: есть энциклопедіи нотаріата (Lansel et Didiot—22 vol.), практическія руководства (Defrénois, Traité pratique et formulaire général, 5 vol.), періодическія изд. (тоже Defrénois, Répertoire général du notariat).

ныя должностныя лица (fonctinnaires publics). Но въ способѣ назначенія ихъ (по закону, служащему основой и теперешняго порядка, 25 марта 11-го года или 16 марта 1803 г.) *главою государства* (тогда первымъ консуломъ, art. 45), *по представленію предшественника* (droit de présentation), лежитъ существенное отличіе отъ общаго порядка опредѣленія на публичныя должности, ибо предшественникъ не представляетъ кандидата иначе, какъ *за денежное вознагражденіе*, обыкновенно очень высокое, соотвѣтственное доходности округа, который онъ вѣдаетъ (art. 5). Отсюда упрекъ въ продажности (vénalité). Отъ вступающаго въ нотаріусы требуется 25-лѣтній возрастъ, 6-лѣтній практическій искусъ по части веденія дѣлъ у нотаріуса (art. 35, 36 и слѣд.), нравственная безупречность и обладаніе извѣстной степенью моральныхъ качествъ (art. 43), имущественный, довольно большихъ размѣровъ, цензъ и, наконецъ, вносъ опредѣленной суммы въ видѣ залога (art. 33, 34). Лицо, удовлетворяющее всѣмъ этимъ требованіямъ, можетъ вступить въ *сословіе нотеровъ* и вмѣстѣ съ симъ пріобщается къ пользованію большими правами и обширною юрисдикціею, получая полномочіе удостовѣрять разнообразные сдѣлки и акты. Надъ дѣятельностью нотэровъ учреждается надзоръ въ видѣ особой дисциплинарной камеры (chambre de discipline), задача котораго заключается частью во внутренней дисциплинѣ сословія, частью въ разсмотрѣніи возникающихъ между нотаріусами и ихъ кліентами споровъ и пререканій, которые разрѣшаются судомъ (Sect. III art. 50, 51 и слѣд. *).

*) Упраздненіе этого сочетанія публичныхъ и въ то же время состоящихъ какъ бы на откупу функцій не можетъ быть произведено безъ вознагражденія заинтересованныхъ, а „выкупъ“ несомнѣнно представлялъ бы колоссальныя суммы. Между тѣмъ, обращеніе къ нотаріусу далеко не всегда есть дѣло вольное, ибо

Soit sous un seing-privé, soit devant un notaire
Toute obligation, tout contrat doit se faire,
Si l'on s'est occupé d'objets plus importans
Que la somme ou valeur de cent cinquante francs
(art. 1341, C. c. en vers).

Французскій кодексъ признаетъ *достовѣрными* (authenthique), съ очень важными юридическими послѣдствіями, тѣ акты, которые совершены съ соучастіемъ officiers publics, имѣющими право совершать подобные акты (instrumenter) въ данной мѣстности (C. c. art. 1317); la compétence des notaires est territoriale. Соучастіе нотаріуса обязательно въ массѣ случаевъ, по дѣламъ семейнымъ (разводъ, par consentement mutuel по Code Napoléon, дѣла семейнаго совѣта, выборъ опекуновъ, акты раздѣла, низведеніе правоспособности и дѣеспособности и веденіе списковъ этихъ лицъ), въ продажахъ съ аукціона, даровыхъ отчужденіяхъ имущества, въ массѣ договорныхъ сдѣлокъ, въ актахъ послѣдней воли, въ удостовѣреніи событій важныхъ для возникновенія и прекращенія правоотношеній, въ выдачѣ разнообразныхъ документовъ, въ храненіи актовъ и проч.

Учрежденіе французскаго нотаріата было реципировано Германіей въ началѣ XIX столѣтія, особенно тѣми областями ея, гдѣ введенъ былъ Code civil вскорѣ послѣ войнъ Наполеона I, какъ напр. въ Рейнскихъ провинціяхъ. Французскій нотаріатъ въ этихъ областяхъ, однако, былъ нѣсколько видоизмѣненъ въ ущербъ его самостоятельности въ томъ смыслѣ, что онъ подчиненъ надзору суда. Въ другихъ частяхъ Германіи, отчасти въ крупныхъ государствахъ, а по большей части въ мелкихъ, въ дѣлѣ установленія нотаріата существенную и часто рѣшающую роль игралъ вопросъ о доходности, которую имѣли въ виду извлекать изъ этого института, и мелкіе Landesherr'ы неохотно отказывались отъ эксплуатаціи доходной статьи отъ нотаріальной функціи, которую они возлагали на своихъ личныхъ секретарей. Такая организація нотаріата, конечно, вредила его самостоятельности, вовсе не обезпечивала правильности его дѣйствій и достовѣрности сдѣлокъ, актовъ и событій, которыя онъ регистрировалъ, или которыя онъ удостовѣрялъ. Очевидно, принципъ *фискальный*, опредѣлявшій организацію нотаріата, въ корнѣ подрывалъ главную цѣль этого учрежденія—непоколебимую надежность нотаріальныхъ операцій.

Наряду съ этимъ во многихъ нѣмецкихъ и еще ранѣе въ славянскихъ земляхъ развивался особый видъ публичной корробораціи одной спеціальной области сдѣлокъ, именно по укрѣпленію и ограниченію правъ *на имущества недвижимыя*. Съ этимъ явленіемъ мы ознакомились частью выше, давая очеркъ способовъ укрѣпленія вотчинныхъ правъ по недвижимостямъ въ старомъ русскомъ правѣ. Весь этотъ вопросъ, въ цѣломъ, мы разсмотримъ лишь позже, въ связи съ системой современныхъ вещныхъ правъ по недвижимостямъ.

Что касается нашего Положенія о нотаріальной части, то для его генезиса существенно имѣть въ виду два исходные пункта, именно, что 1) образцомъ для него послужила нотаріальная организація во Франціи, и что 2) для его устройства у насъ реципированъ былъ не чисто-французскій порядокъ, а тотъ, который былъ установленъ въ Германіи и видоизмѣнилъ французскую организацію, въ смыслѣ подчиненія нотаріата надзору суда.

Завѣдываніе нотаріальной частью принадлежитъ старшимъ и младшимъ нотаріусамъ. Организація этихъ лицъ не корпоративная, а зависимая и подчиненная суду, подъ наблюденіемъ котораго нотаріатъ и исполняетъ свои функціи. Въ чемъ заключается эта зависимость и наблюденіе суда за дѣятельностью нотаріусовъ—это видно изъ разныхъ статей указаннаго Положенія.

Прежде всего, зависимость нотаріата отъ суда выражается въ самомъ способѣ назначенія нотаріусовъ, которое предоставляется предсѣдателямъ судебныхъ палатъ (ст. 16 Полож. о нотар. части). Старшіе нотаріусы назначаются *по представленію Министра Юстиціи Высочайшею властью* (Учр. Суд. Уст. ст. 212). Затѣмъ, общимъ образомъ опредѣляется, что „завѣдываніе нотаріальною частью, *подъ наблюденіемъ судебныхъ мѣстъ*, поручается нотаріусамъ и состоящимъ при нотаріальныхъ архивахъ старшимъ нотаріусамъ“ (ст. 1, Полож.). Въ этомъ положеніи сразу показанъ весь составъ нашего нотаріата: *судебное мѣсто, старшій нотаріусъ, нотаріусъ и архивъ*. Наблюденіе суда надъ нотаріатомъ не только пассивное, но можетъ, въ случаѣ надобности, осуществляться въ формѣ *разъясненія смысла законовъ*, которымъ нотаріусы и обязаны руководствоваться. Рядомъ съ нотаріальными учрежденіями для исполненія ихъ функцій могутъ дѣйствовать и судебные органы въ лицѣ мировыхъ судей тамъ, гдѣ нѣтъ нотаріусовъ (ст. 2, ibid.), а также временно и секретарь или другіе чиновники окружнаго суда (44, ibid.). Нотаріусами могутъ быть только русскіе подданные, совершеннолѣтніе, неопороченные судомъ или общественнымъ приговоромъ, не занимающіе никакой другой должности ни въ общественной, ни въ государственной службѣ (5). Судебное завѣдываніе нотаріальной частью, или наблюденіе за нею выражается еще и въ томъ, что *умѣнье нотаріуса правильно излагать акты, знаніе формъ* нотаріальнаго дѣлопроизводства и необходимыхъ для исполненія этой должности законовъ подлежатъ удостовѣренію особаго присутствія, состоящаго изъ предсѣдателя окружнаго суда, старшаго нотаріуса и прокурора (15, ibid.). Въ Германіи, въ Прирейнскихъ ея провинціяхъ, отъ лица, желающаго быть нотаріусомъ, требуется университетское образованіе. Нотаріусы приносятъ установленную присягу; удаляются отъ должности они не иначе, какъ по суду (16, ibid.), кромѣ исключительныхъ случаевъ, предусмотрѣнныхъ закономъ 24 апр. 87 г., къ коимъ примѣняется статья 59[1] Нот. полож. Характерная черта строенія новой нотаріальной части заключается въ томъ, что главныя функціи дѣятельности упражняются нотаріусомъ *только въ своемъ округѣ*, такъ что связь дѣятельности старшаго нотаріуса въ особенности съ нотаріальнымъ архивомъ самая тѣсная и существенная (21, ibid.). Соблюденіе правилъ для дѣятельности нотаріуса въ каждомъ подлежащемъ его вѣдѣнію дѣлѣ, т.-е. огражденіе интересовъ частныхъ лицъ, прибѣгающихъ къ услугамъ нотаріата, въ другихъ государствахъ обезпечиваемое жалобами, приносимыми

въ особо для того установленные совѣты нотаріусовъ, у насъ гарантируется правомъ подачи жалобъ на нотаріуса въ окружный судъ (60, ibid.), причемъ срокъ ихъ подачи полагается двухнедѣльный, исчисляемый со дня отказа отъ исполненія своихъ обязанностей или со дня совершенія нотаріусомъ дѣянія, послужившаго предметомъ жалобы (61, ibid.). Жалобы вручаются непосредственно нотаріусу или старшему нотаріусу, причемъ они обязываются представить въ окружный судъ врученныя ему жалобы не далѣе семи дней со времени ихъ предъявленія, съ надлежащими объясненіями (62, ibid.). Искъ о вознагражденіи за причиненные дѣйствіемъ нотаріуса убытки предъявляется въ подлежащемъ окружномъ судѣ (64, ibid.). Нотаріусъ, для обезпеченія взысканія на случай неправильныхъ его дѣйствій, обязанъ представлять залогъ въ опредѣленной суммѣ денегъ (8, ibid.).

Каждый нотаріусъ обязанъ вести: 1) *реестръ* для обозначенія всѣхъ актовъ, протестовъ, засвидѣтельствованій, явленныхъ у него обязательствъ и договоровъ, 2) двѣ *актовыя книги* для записи актовъ совершенныхъ нотаріальнымъ порядкомъ, одну для актовъ о недвижимыхъ имуществахъ, другую для всѣхъ прочихъ, 3) *книгу* для записыванія *сборовъ*, 4) общій *алфавитный указатель* для всѣхъ актовъ и засвидѣтельствованій, 5) *вѣдомость* всѣмъ отдаваемымъ ему на храненіе *документамъ*, 6) алфавитный *указатель лицамъ*, которыхъ гражданская дѣеспособность умалена или возстановлена, по особ. формѣ (ст. 26). Это тоже подлежитъ надзору и ревизіи окружнаго суда (ст. 58).

Что касается до отношенія сторонъ, обращающихся къ услугамъ нотаріусовъ, къ симъ послѣднимъ, то тутъ важно отмѣтить слѣдующія черты. Стороны могутъ совершать акты *или домашнимъ* порядкомъ, *или явочнымъ* (нотаріальнымъ), причемъ, въ зависимости отъ того или другого способа совершенія, самые акты, по различности содержанія, пріобрѣтаютъ ту или другую юридическую силу. Рядомъ съ актами, совершаемыми этими способами, имѣется еще кругъ актовъ, которые не могутъ быть совершаемы иначе, какъ съ *помощью нотаріуса*, и совершеніе которыхъ безъ его участія будетъ недѣйствительнымъ. Таковы акты о переходѣ или ограниченіи правъ на недвижимыя имущества (ст. 66 и 157). Въ этомъ случаѣ содѣйствіе нотаріуса есть *составной элементъ сдѣлки*. Такимъ образомъ, есть кругъ актовъ и сдѣлокъ, для которыхъ содѣйствіе нотаріуса не имѣетъ значенія состава сдѣлки, и есть другой кругъ ихъ, гдѣ дѣятельность нотаріуса принадлежитъ къ составу сдѣлки. Это различіе актовъ и сдѣлокъ, по степени силы и значенія, которое имѣетъ

для нихъ содѣйствіе нотаріуса, для насъ чрезвычайно важно. Съ отдѣльными видами этихъ актовъ мы познакомимся позднѣе, въ спеціальныхъ частяхъ нашего курса.

Къ актамъ явочнымъ нашъ нотаріальный уставъ относитъ такіе, которые не совершаются нотаріусомъ, а лишь принимаются имъ, по силѣ 65 ст. Положенія о нотаріальной части, къ засвидѣтельствованію. Засвидѣтельствованіе можетъ касаться разныхъ предметовъ (128, ibid.): вѣрности копій, подлинности подписей, времени предъявленія документовъ у нотаріуса, нахожденія лицъ въ живыхъ, заявленія объясненій отъ одной стороны другой, для того чтобы сдѣлать текстъ объясненія достовѣрнымъ, обстоятельства и время его вручения по принадлежности несомнѣнными, явки довѣренностей, заемныхъ обязательствъ, договоровъ, разнаго рода протестовъ, мировыхъ записей и прошеній и, наконецъ, явки третейскихъ записей. Затѣмъ, нотаріусъ участвуетъ также и въ совершеніи актовъ о переходѣ или ограниченіи правъ на недвижимыя имущества; но участіе нотаріуса въ этихъ актахъ есть лишь *подготовительное* дѣйствіе. Такъ, съ содѣйствіемъ нотаріуса пишутся условія о продажѣ дома, земли, о правѣ проѣзда, объ арендѣ, о правѣ пользованія недвижимостью и т. п. Съ его участіемъ совершается эта письменная работа, подготовляющая сдѣлку, но черезъ это сама сдѣлка, по которой отчуждается или пріобрѣтается недвижимость, не становится еще способной пересвоивать, передавать или ограничивать права на недвижимое имущество. Для этого требуется, чтобы сдѣлка, принявшая письменную форму съ непремѣннымъ содѣйствіемъ нотаріуса, была имъ *совершена и затѣмъ утверждена старшимъ нотаріусомъ*, на рукахъ котораго находится нотаріальный архивъ. Слѣдовательно, крѣпостной актъ, утверждаемый старшимъ нотаріусомъ, совершается тоже явочнымъ порядкомъ и только чрезъ утвержденіе старшимъ нотаріусомъ обращается въ крѣпостной (ibid., ст. 66 и 157).

Для утвержденія старшимъ нотаріусомъ нотаріальнаго акта *выпись изъ актовой книги младшаго нотаріуса* должна быть предъявлена старшему нотаріусу въ *годовой* со дня совершенія акта срокъ (161, ibid.). Основаніемъ для утвержденія акта, заключающагося въ выписи, служитъ повѣрка титула лица, отчуждающаго имущество, и повѣрка способности этого лица совершать отчужденіе (167, 168 и прим. къ ней, 168[1] ibid.). И только послѣ этой повѣрки такой актъ для своего утвержденія *вносится въ крѣпостную книгу* (которую ведетъ старшій нотаріусъ), причемъ на самой выписи дѣлается надпись о ея утвержденіи, а

о внесеніи ея въ книгу—помѣтка въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣлъ, который также ведетъ старшій нотаріусъ (169, ibid.). Лишь съ наступленіемъ всѣхъ этихъ условій сдѣлка считается дѣйствительною. Лицо отчуждающее можетъ имѣть несомнѣнное желаніе и волю (напр. продать домъ), можетъ имѣть неоспоримое право привести ее въ исполненіе, можетъ, наконецъ, имѣть необходимую для того дѣеспособность, точно также всѣ необходимыя условія могутъ быть налицо и у пріобрѣтателя отчуждаемаго имущества,—и все-таки, нѣтъ соучастія нотаріуса въ сдѣлкѣ отчужденія и пріобрѣтенія, нѣтъ и самой сдѣлки. На этой способности и на этомъ значеніи нотаріальнаго содѣйствія мы будемъ имѣть случай подробнѣе остановиться впослѣдствіи, при разсмотрѣніи ипотечной системы и ипотечныхъ книгъ.

Мы разсмотрѣли, такимъ образомъ, различные способы обряднаго волеизъявленія въ юридическихъ сдѣлкахъ. На ряду съ указанными *общими* формами соучастія въ совершеніи юридическихъ актовъ публичныхъ органовъ, практика гражданскихъ сдѣлокъ знаетъ множество *особыхъ* видовъ соучастія въ тѣхъ или другихъ юридическихъ актахъ въ особенности. Таково особенно соучастіе *духовныхъ властей* въ удостовѣреніи актовъ гражданскаго состоянія, о чемъ было сказано выше, въ ученіи о лицѣ физическомъ. Такое же соучастіе мы находимъ во множествѣ случаевъ со стороны какъ *высшихъ органовъ власти свѣтской* (при учрежденіи заповѣдныхъ имѣній, утвержденіи уставовъ компаній, когда для нихъ испрашиваются особыя привилегіи, при передачѣ усыновленнымъ потомственными дворянами фамилій усыновителей) *), такъ *и низшихъ* (напр., волостного правленія, при коемъ ведется книга сдѣлокъ и договоровъ на сумму не свыше 300 р. и гдѣ могутъ быть свидѣтельствуемы духовныя завѣщанія сельскихъ обывателей до 100 р.) **). Соучастіе въ совершеніи сдѣлокъ имущественнаго и семейнаго права оказываетъ въ массѣ случаевъ и *власть судебная* въ нашей практикѣ. Укажемъ здѣсь, для примѣра, соучастіе компетентныхъ органовъ судебной власти въ актахъ ввода во владѣніе недвижимыми имуществами при переходѣ права собственности, соучастіе окружныхъ судовъ въ актахъ узаконенія и усыновленія по закону 16 марта 1891 г. ***).

Мы не имѣемъ интереса перечислять сколько-нибудь исчерпывающимъ образомъ этихъ отдѣльныхъ видовъ необходимаго

---

*) Т. X ч. I стр. 481, 2196, 2197, 152.

**) Общее полож. о крестьянахъ вышедшихъ изъ крѣпостн. зависим. ст. 91 и примѣчанія (по Своду Узакон. и Распоряж. Горемыкина по изд. 1904 г.).

***) Уставъ Гражд. Суд. (т. XVI ч. I) ст. 1424 и слѣд., 1460 и слѣд.

обряднаго соучастія въ совершеніи юридическихъ сдѣлокъ тѣхъ или другихъ органовъ власти, съ чѣмъ встрѣтимся впослѣдствіи при изложеніи отдѣльныхъ институтовъ цивильной системы.

Здѣсь намъ слѣдуетъ остановиться еще на слѣдующихъ общихъ вопросахъ. Мы видѣли выше, что, вмѣстѣ съ успѣхами культуры, тяжелыя обрядности, разсчитанныя на пробужденіе сознанія примитивными средствами, уступаютъ мѣсто болѣе простымъ методамъ волеизъявленій. Это, какъ было указано выше, прежде всего *слово*, затѣмъ *письмо*, осложненное нѣкоторыми обрядностями, разсчитанными на возможно болѣе тщательное и точное выраженіе волеизъявленій *), наконецъ, волеизъявленіе сдѣланное *любымъ*, совершенно безобряднымъ *способомъ*, лишь бы не было сомнѣнія въ томъ, что этимъ способомъ лицо дѣйствительно хотѣло изъявить свою волю, пусть это будетъ *простое молчаніе*, которое, въ извѣстныхъ условіяхъ, можетъ также служить совершенно достаточнымъ средствомъ изъявленія воли.

Сфера обрядовыхъ волеизъявленій, вмѣстѣ съ успѣхами культуры, ограничивается тѣснымъ кругомъ сдѣлокъ, гдѣ обрядности необходимы по тѣмъ или другимъ специфическимъ соображеніямъ, и вмѣстѣ съ этимъ самое свойство обрядностей упрощается до возможнаго предѣла, за которымъ можно опасаться неясностей волеизъявленія.

Отъ несвободы и искусственности мы переходимъ такимъ образомъ къ свободнымъ и простымъ, естественнымъ способамъ волеизъявленій. Задача юриспруденціи въ разумѣніи и толкованіи актовъ частной воли становится вмѣстѣ съ этимъ нерѣдко болѣе трудной и требующей умѣнья и навыка со стороны толкователя.

Требованіе болѣе тяжелыхъ и съ этимъ вмѣстѣ стѣснительныхъ обрядностей удерживается въ области такихъ волеизъявленій, гдѣ 1) необходима незыблемая извѣстность даты волеизъявленія или ихъ послѣдовательности. Достигнуть этого часто нельзя иначе какъ при непремѣнномъ соучастіи публично-достовѣрныхъ записей (см. C. c. art. 1328). 2) Такое же формально-необходимое соучастіе не только публично достовѣрныхъ органовъ, но на ряду съ этимъ и содѣйствіе *печати*, необходимо въ ряду случаевъ, гдѣ извѣстное волеизъявленіе или событіе требуетъ, для своего юридическаго эфекта, его оглашенія въ болѣе или менѣе широкомъ кругу лицъ. Примѣровъ наша практика даетъ массу не только въ вопросахъ объ

*) Для письменной формы, когда средствомъ передачи волеизъявленія служитъ телеграфъ, Нов. Гер. улож. 96 г. даетъ общее положеніе въ ст. 127 и 126, повліявшее и на нашъ проектъ.

учрежденіи правоспособныхъ въ гражданскомъ смыслѣ союзовъ, въ случаяхъ *вызывовъ* самаго разнообразнаго содержанія, но на ряду съ этимъ во множествѣ операцій финансоваго и денежнаго характера, общихъ и частныхъ, съ оглашеніемъ коихъ посредствомъ печати законъ соединяетъ тотъ или другой юридическій эфектъ *). Наконецъ, 3) извѣстныя обрядности необходимы въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ съ отдѣльной имущественной операціей (выпуски облигацій, акцій и проч.) соединяются особо-важныя въ общественномъ смыслѣ послѣдствія, напр. легчайшая оборотность выпущенныхъ цѣнностей.

За этими изъятіями гражданскія сдѣлки, соединенныя нерѣдко съ весьма важными юридическими послѣдствіями, являются намъ нынѣ въ такомъ упрощенномъ составѣ обрядностей, что ихъ можно причислить къ самымъ безыскусственнымъ и простымъ актамъ волеизъявленія. Нѣкоторые образцы заслуживаютъ въ этомъ отношеніи особаго нашего вниманія. Таковъ, напр., въ дѣйствующемъ французскомъ кодексѣ testament holographe, для вполнѣ законченнаго и эфективнаго въ юридическомъ смыслѣ совершенія коего законъ не требуетъ ничего, кромѣ *собственноручнаго* письменнаго начертанія своего волеизъявленія *въ цѣломъ его составѣ*, безъ всякихъ осложненій призывомъ свидѣтелей или явкой этого акта публично-достовѣрнымъ агентамъ (art. 970). Нѣкоторое повышенное значеніе *собственноручному начертанію* акта послѣдней воли даетъ и наше законодательство (ст. 1046, 1048, 1051). Французскій testament holographe реципированъ новымъ Имперскимъ нѣмецкимъ гражданскимъ уложеніемъ (2231).—Съ разсчетомъ только субъективнаго характера, для пробужденія вниманія и предупрежденія ошибокъ, законъ ставитъ осложненныя требованія письменнаго начертанія актокъ. Такъ, при указаніяхъ въ составѣ сдѣлки количествъ, суммъ, законъ требуетъ обозначенія ихъ не цифрами, а словами, или предписываетъ выполнять собственноручно цѣлый текстъ, которымъ установляется отношеніе соучаствующаго въ сдѣлкѣ лица, а не ограничиваться ссылкой на чужой текстъ. Это обрядъ, разсчитанный только на сосредоточеніе вниманія къ совершаемому акту! И такъ, Code civ. требуетъ для домашнихъ актовъ (billet ou promesse sous seing privé), если они не написаны съ начала до конца собственноручно, по крайней мѣрѣ подписи обязывающагося и *собственноручнаго начертанія именно словами, а не цифрами*, суммы или

*) На эту сторону дѣла въ ученіяхъ Общей части обратилъ должное вниманіе Franken Lehrbuch d. deutsch. Pr. Rechts. 94 г. § 14, стр. 131 и слѣд.

количества, составляющаго предметъ обязательства *). Нашъ законъ даетъ образецъ такого же значенія собственноручной *детальной письменной формы* во многихъ случаяхъ, особенно при совершеніи сохранной росписки, въ коей, кромѣ другихъ точныхъ показаній, опредѣляющихъ принимаемый на сохраненіе объектъ индивидуально, необходимо обозначить *сумму не цифрами, а прописью* (2111). Тоже, въ смыслѣ начертанія собственноручно *всего текста*, въ указанномъ нами выше актѣ утвержденія сдѣлки свидѣтелями (послухами) по Литовскому статуту (т. X ч. I изд. 57 г. ст. 809).

Нотаріальное положеніе 1866-го г. требуетъ для актовъ, совершаемыхъ съ соучастіемъ нотаріуса вообще, чтобы всякія суммы, числа, нумера и сроки означались *хотя одинъ разъ прописью* (ст. 99).

Наше законодательство вовсе *не ставитъ общаго реквизита письменности* для всѣхъ сдѣлокъ выше опредѣленной суммы, какъ это мы видимъ во французскомъ кодексѣ, гдѣ для сдѣлокъ выше 150 фр. требуется для *доказательства на судѣ* письменное удостовѣреніе, противъ прямого содержанія котораго не допускаются свидѣтельскія показанія (art. 1341). Это совершенно иначе у насъ, гдѣ такого общаго реквизита письма нѣтъ, и обязательность *письменнаго совершенія* связана съ отдѣльными актами, а не съ любыми, превышающими по цѣнѣ извѣстную сумму (ст. 1531). Не менѣе того наша практика, въ виду статей 409 и 410 Уст. Гражд. Судопр., ограничивающихъ допущеніе на судѣ свидѣтельскихъ показаній крайне тѣсными предѣлами, склонна расширять значеніе письма, какъ необходимой обрядности именно совершенія сдѣлки, гораздо далѣе прямыхъ требованій нашего гражданскаго кодекса **). Проектъ Гражд. Уложенія, кн. 1, касается этого вопроса кратко въ ст. 57—59. Статьи формулированы лишь самымъ общимъ образомъ и въ этомъ видѣ открываютъ широкое поле для споровъ.

Расширеніе требованія письма не только какъ средства доказывать на судѣ, но и какъ *конститутивнаго элемента для самаго состава сдѣлки*, не разъ заслуживало упрековъ французскимъ судьямъ въ нерадѣніи и въ прямомъ отказѣ въ правосудіи. Для суда дѣйствительно не можетъ быть ничего удобнѣе такого

*) Il faut qu'outre sa signature, il ait écrit de sa main un *bon* ou un approuvé, portant *en toutes lettres* la somme ou la quantité de la chose (C. c. 1326, 1327, см. еще ст. 1323).

**) Крайне любопытную и контроверзную практику нашихъ судовъ см. по изд. Влад. Гордона Уставъ Гр. Судопр. съ разъясненіями и проч. 1899 г. (теперь нов. изд.).

рода абсолютизма обрядныхъ требованій, особенно письменныхъ, для частныхъ сдѣлокъ. Это, однако, далеко не соотвѣтствуетъ ни интересамъ обмѣна, ни правильно истолкованнымъ требованіямъ закона, особенно когда законъ, какъ у насъ, допускаетъ совершеніе сдѣлокъ письменно и устно и указываетъ легальные реквизиты *совершенія сдѣлокъ* не для всѣхъ ихъ родовъ, а для каждаго вида отдѣльно (т. X ч. I ст. 1531) и не всегда съ одинаковыми послѣдствіями.

Независимо отъ такого рода прямо направленныхъ на изъявленіе воли болѣе или менѣе простыхъ и безобрядныхъ способовъ, наше законодательство даетъ намъ случаи, въ коихъ такого прямого воплощенія воли въ специфическую, хотя бы и свободную, форму вовсе не требуется, и не менѣе того волеизъявленіе и сдѣлка юридическая все-таки будетъ налицо. Въ этихъ случаяхъ волеизъявленіе явствуетъ *изъ фактовъ, отъ которыхъ* болѣе или менѣе *легко заключить*, куда собственно, къ какой цѣли направлено волеизъявленіе. Это какъ бы область *улик*, но не въ примѣненіи къ дѣяніямъ преступнымъ, а къ цивильнымъ волеизъявленіямъ. Такія событія или данныя, отъ которыхъ мы дѣлаемъ наши заключенія, facta concludentia, могутъ сами по себѣ носить или положительный, или только отрицательный характеръ. На этихъ ученіяхъ, особенно на молчаливомъ волеизъявленіи, мы не находимъ умѣстнымъ останавливаться въ изложеніи дѣйствующаго русскаго права, такъ какъ научное освѣщеніе этихъ довольно контроверзныхъ проблеммъ несравненно удобнѣе найти въ хорошихъ панденктныхъ курсахъ (Дернбурга, Regelsberger'a, Виндшейда *). Здѣсь мы ограничимся отдѣльными случаями такого безобряднаго волеизъявленія въ нашей дѣйствующей системѣ. Чтобы вступить въ наслѣдство со всѣми юридическими, крайне важными въ личномъ и общественномъ смыслѣ этого акта послѣдствіями (1258, 1259), нѣтъ необходимости облекать волеизъявленіе этого рода въ какую-либо специфическую, указанную закономъ форму, а вполнѣ достаточно *владѣть и пользоваться* наслѣдственнымъ *имуществомъ въ личную себѣ прибыль* (1261). Для отсрочки заемнаго обязательства наше законодательство указываетъ специфическія формы (2040); но кассаціонная практика наша видитъ и *въ принятіи* залого-

*) Для вопроса о facta concludentia, для толкованія молчанія и общаго поведенія (Gesammtverhalten) субъекта сдѣлки въ литературѣ нов. Герм. Гражд. Уложенія см. особ. Эндеманъ (8е изд.) § 64 и прим. 7, 15 и друг.; особенно на совокупности данныхъ и на заключеніи о волѣ лица изъ его Gesammtverhalten останавливается Hermann Isay Die Willenserklärung im Thatbestande des Rgechäfts (1899), стр. 28 и слѣд., для empfangsbedürftige (стр. 37 и свѣд. 54) и nicht empfangsbedürft (стр. 45, 61—63, 85, 86, 90—92).

держателемъ *процентовъ* достаточное данное, чтобъ заключить объ отсрочкѣ долга (см. Гаугеръ въ указан. ст. кассац. рѣшенія за 73 г. № 395). Это настоящіе образцы такъ назыв. конклудентныхъ фактовъ, данныхъ, изъ коихъ легко извлечь весь необходимый составъ волеизъявленія въ этихъ случаяхъ.

Нашъ законъ допускаетъ, въ извѣстныхъ условіяхъ, *отъ молчанія* лица, которое имѣетъ все основаніе и всю возможность для волеизъявленія, *заключать къ его согласію*, явствующему именно изъ этого молчанія. Обобщенія въ этой области, какъ извѣстно, очень опасны (ср. Regelsberger § 138, стр. 505). Законъ нашъ ставитъ въ числѣ реквизитовъ вступленія въ бракъ *дозволеніе родителей* (6). Вопросъ въ томъ, какъ это дозволеніе имѣетъ быть выражено, необходима ли письменная форма (ср. ст. 9), или вопросъ о формѣ не имѣетъ здѣсь вовсе значенія, и мы въ правѣ заключить о согласіи родителей даже отъ простого ихъ молчанія, когда они знали о предстоящемъ бракосочетаніи и имѣли всю возможность выразить свое несогласіе на бракъ? Наша практика и руководящіе писатели склоняются къ истолкованію простого молчанія въ этихъ условіяхъ за достаточный признакъ согласія родителей (ср. Побѣдоносцева т. 2-й, § 4, по 3-му изд. стр. 25 и примѣч.). Въ пользу этого мнѣнія говоритъ и ст. 1566 Улож. о наказан., которая для состава караемаго закономъ дѣянія, направленнаго противъ власти родителей, даетъ слѣдующіе признаки: вступленіе въ бракъ, явно или тайно, противъ *рѣшительнаго запрещенія* родителей, или *безъ испрошенія* ихъ согласія. Надо полагать, что въ случаяхъ, гдѣ отъ родителей ничто не было скрыто, просьба о согласіи къ нимъ была обращена и *рѣшительнаго запрещенія* не послѣдовало, ни состава запрещеннаго дѣянія, ни нарушенія ст. 6 т. X ч. I-й видѣть нельзя.

Но всегда ли *молчаніе* должно имѣть этотъ смыслъ отказа заинтересованнаго отъ осуществленія своего права? Законодатель нашъ какъ бы опасается именно этого обобщенія и постановляетъ: *молчаніе* законнаго наслѣдника при спорѣ сонаслѣдниковъ его противъ духовнаго завѣщанія *не почитается отреченіемъ* отъ наслѣдства... (1267). Есть, очевидно, случаи очень заманчивые для расширенія смысла молчанія, но не дающіе къ этому никакого основанія.

Обозрѣніемъ этихъ безобрядныхъ способовъ волеизъявленія мы заключаемъ ученіе о внѣшней сторонѣ волеизъявленія въ составѣ юридической сдѣлки.

С. РАЗДѢЛЪ ТРЕТІЙ.

ОСНОВЫ УЧЕНІЯ О ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВѢ ВЪ ГРАЖДАНСКОМЪ ПРАВѢ.

§ 56.

Необходимость представительства въ извѣстныхъ условіяхъ развитаго цивильнаго обмѣна.—Разные виды юридическаго содѣйствія.—Содѣйствіе въ замѣнъ другого.—Содѣйствіе фактическое и юридическое.—Явленія сходныя съ представительствомъ по отдѣльнымъ признакамъ или по ихъ эфекту.—Существенные признаки представительства какъ особаго института въ гражданскомъ правѣ.—Принципы латинскаго права.—Отступленіе новыхъ системъ.—Замѣтки по исторіи русскаго права.—Суррогаты представительства.—Элементы института въ Псковской судной грамотѣ.—Медленность послѣдующаго развитія общихъ нормъ.

Въ общихъ ученіяхъ о юридической сдѣлкѣ мы предполагаемъ субъектомъ волеизъявленія отдѣльно взятое дѣеспособное лицо, отъ котораго и исходитъ сдѣлка. Такой субъектъ сдѣлки представляетъ собою вполнѣ нормальное явленіе развитого цивильнаго обмѣна. Какъ сами субъекты правъ суть главнымъ образомъ правоспособные люди, такъ и сдѣлки составляютъ проявленіе ихъ индивидуальной воли. Не съ этого, однако, начинаются, какъ мы отчасти уже видѣли выше, лѣтописи гражданскаго общежитія. Этому предшествуютъ разнообразныя формы *союзнаго общежитія*, въ условіяхъ коего далеко не легко обособляются ни сферы отдѣльнаго правообладанія людей, ни связанные съ этимъ способы чисто-личнаго, индивидуальнаго волеизъявленія въ области гражданскихъ правоотношеній. И тутъ, и въ области сдѣлокъ, какъ увидимъ впослѣдствіи яснѣе, первоначально господствуютъ тоже формы союзной, коллективной дѣятельности, „груповыхъ рядовъ“, а не индивидуальныхъ сдѣлокъ.

Здѣсь, въ ученіи о представительствѣ, къ коему приступаемъ, мы будемъ пока держаться не этой исторической точки зрѣнія, а той, которая лежитъ въ основѣ современныхъ системъ гражданскаго права.

Если въ современныхъ бытовыхъ условіяхъ правоспобными являются намъ, главнымъ образомъ, отдѣльно-стоящіе въ гражданскихъ правоотношеніяхъ люди, то возможно ли, чтобъ они, въ

операціяхъ гражданскаго обмѣна, являлись непремѣнно самодѣятельными, всегда и вездѣ, независимо отъ фактическихъ данныхъ и обстоятельствъ, въ коихъ они находятся? Возьмемъ состояніе дѣтства, отсутствія, болѣзни, развитія дѣловыхъ сношеній за предѣлы силъ одного человѣка... Въ современныхъ условіяхъ, когда нѣтъ союзныхъ бытовыхъ формъ, возмѣщающихъ невыгоды этого *одинокого* положенія человѣка, нѣтъ сомнѣнія, необходимы особые институты гражданскаго права, которые замѣняли бы прежнюю роль союзовъ въ этихъ вопросахъ восполненія или замѣны недостающей, по тому или другому основанію, самодѣятельности одного лица въ его юридической сферѣ юридической дѣятельностью другого. На этой потребности и развился нынѣ въ особенности институтъ представительства въ гражданскомъ правѣ.

Чтобъ выдѣлить это понятіе изъ круга другихъ, болѣе или менѣе близкихъ ему, Ihering, въ небольшой, но очень удачной работѣ *о содѣйствіи въ чужихъ юридическихъ сдѣлкахъ* *), провелъ болѣе рельефно, чѣмъ это дѣлали до него, отдѣльные виды такого содѣйствія и установилъ, болѣе или менѣе твердо, необходимые признаки каждаго изъ нихъ.

И такъ, въ сдѣлкѣ *чужой* содѣйствіе другого, несубъекта сдѣлки, можетъ быть или фактическимъ, или юридическимъ; въ то же время это содѣйствіе можетъ идти *вмѣстѣ* съ главнымъ субъектомъ сдѣлки, или же *вмѣсто*, взамѣнъ его.

Различенія эти очень цѣнны для современной юриспруденціи, гдѣ понятіе представительства въ гражданскомъ правѣ необходимо выработать со всею точностью, и въ то же время они далеко небезспорны. Что касается прежнихъ бытовыхъ условій, то въ нихъ до крайности трудно было проводить вообще различія союзной и личной правоспособности и точно также различіе „групповыхъ рядовъ“ и индивидуальныхъ сдѣлокъ. Съ другой стороны, въ тѣхъ условіяхъ преобладанія союзнаго надъ личнымъ далеко не всегда можно было поставить сколько-нибудь опредѣленную границу между содѣйствіемъ фактическимъ и юридическимъ и еще менѣе отличить содѣйствіе вмѣстѣ съ другимъ отъ содѣйствія взамѣнъ другого. Лишь медленнымъ процессомъ вырабатывались и обособлялись исторически тѣ различія понятій и институтовъ въ этой области, которыя для современной мысли и юридической техники являются какъ уже опредѣлившіяся и до извѣстной степени законченныя.

---

*) Mitwirkung für fremde Rechtsgechäfte (Jahrb. f. Dogmat. B. 1, стр. 273 и слѣд., и B. 2, стр. 67 и слѣд., 57 и 58 гг.).

Въ дальнѣйшемъ мы будемъ разсматривать *содѣйствіе одного лица взамѣнъ другого* и установимъ для этого явленія, во-первыхъ, *различіе содѣйствія фактическаго отъ юридическаго*, во-вторыхъ, разграничимъ его отъ другихъ, болѣе или менѣе близкихъ къ нему *по отдѣльнымъ внѣшнимъ признакамъ или по эффекту* явленій.

Беремъ содѣйствіе посыльнаго, которое такъ часто случается нынѣ въ дѣловыхъ сношеніяхъ. Это агентъ, который дѣйствуетъ по нашему порученію, и услугами коего мы пользуемся, когда намъ нужно дать вѣсть, доставить что-либо, принести отвѣтъ. Чѣмъ ближе содержаніе оказываемаго имъ содѣйствія подходитъ къ чисто-механическому, тѣмъ легче отличить его отъ подлиннаго представителя. Чисто-механическимъ посредникомъ такой nuntius будетъ тогда, когда онъ, найдя требуемаго адресата, передастъ ему письмо, посылку, какъ это мы видимъ постоянно въ операціяхъ письмоносца. Его посредство будетъ приближаться къ юридическому содѣйствію по мѣрѣ того, какъ ему предоставляется большій или меньшій *просторъ личнаго усмотрѣнія въ выполненіи порученія*. Есть случаи, гдѣ механическій характеръ выполняемаго содѣйствія выразится совершенно рельефно, и тогда будетъ вполнѣ безразлично, кто выполняетъ эту функцію, человѣкъ, почтовый голубь, выдрессированное для этой цѣли животное (песъ), тотъ, кому поручено выполненіе, кто поднялъ на улицѣ посылку и доставилъ ее по адресу. Такой содѣйствующій органъ во всѣхъ подобныхъ случаяхъ не есть и не можетъ быть представителемъ въ юридическомъ смыслѣ, а лишь фактическимъ, механическимъ посредникомъ, слугой волеизъявляющаго.

Различеніе этой механической отъ формальной юридической роли посредника необходимо для насъ въ томъ смыслѣ, что для перваго вида содѣйствія совершенно безразлична юридическая квалификація такого посредника. Это, какъ мы видѣли, можетъ быть человѣкъ, правоспособный или нѣтъ, дитя, умалишенный, дрессированное животное. Совершенно иные реквизиты должны имѣть мѣсто для случаевъ, когда содѣйствующій *юридически соучаствуетъ* въ сдѣлкѣ, *лично* содѣйствуетъ субъекту сдѣлки, *изъявляетъ свою волю*, какъ необходимый, образующій составъ сдѣлки, моментъ. Тутъ требованія формальныя, личныя квалификаціи такого *юридическаго* замѣстителя или представителя будутъ не только юридически-необходимыя, но нерѣдко специфически-осложненныя сообразно особенностямъ совершаемой чрезъ представителя сдѣлки.

Въ отдѣльныхъ случаяхъ возможно, что роль настоящаго

представителя будетъ настолько прецизирована въ данныхъ ему инструкціяхъ, что онъ ничего своего, личнаго, не внесетъ въ процессъ образованія сдѣлки; съ другой стороны, и дѣятельность вѣстника способна, въ указанныхъ выше условіяхъ, значительно приблизиться къ рѣшающей для самого состава сдѣлки. Возможность такихъ случаевъ не устраняетъ, однако, пользы и необходимости проводить принципіальныя различія обѣихъ категорій явленій тамъ, гдѣ нѣтъ подобныхъ уклоненій отъ подлинныхъ типическихъ свойствъ того и другого.

Ближе и опаснѣе смѣшеніе юридическаго представителя и фактическаго агента въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ агентъ дѣйствительно *содѣйствуетъ совершенію* сдѣлки, но не въ смыслѣ образованія ея юридическаго состава, а въ смыслѣ пріисканія покупателя, продавца, подходящаго товара и проч., стало быть въ стадіи *подготовительной* для послѣдующаго образованія изъ этихъ фактическихъ элементовъ содержанія сдѣлки. Это роль *сводчика*, *маклера*, крайне существенная, особенно въ операціяхъ торговыхъ, но именно не для юридическаго, а для фактическаго, экономическаго сближенія интересовъ лицъ, имѣющихъ, за симъ, быть можетъ войти въ формальное соглашеніе, совершить юридическую сдѣлку, или непосредственно, безъ представителей, или опять черезъ представителей, но уже не сводчиковъ, а юридическихъ агентовъ, уполномоченныхъ ихъ именемъ вступать въ сдѣлки, юридически-обязательныя для принципала.

Опять и въ этомъ сопоставленіи (сводчикъ и повѣренный) надо имѣть въ виду, что для маклерства вовсе не существенны такія *юридическія* квалификаціи, которыя необходимы для представительства въ смыслѣ соучастія въ совершеніи сдѣлки однимъ лицомъ (представителемъ) взамѣнъ или вмѣсто другого (принципала).

Есть въ практикѣ юридической не мало случаевъ, когда одно лицо не фактически только, а именно юридически соучаствуетъ въ сдѣлкѣ или содѣйствуетъ юридическимъ цѣлямъ другого, не будучи при этихъ актахъ вовсе представителемъ замѣняемаго имъ другого лица въ смыслѣ *гражданскомъ*. Таковъ судебный приставъ въ операціяхъ, положимъ, по взысканіямъ, таковъ поручитель, уплачивающій за главнаго должника. Первый дѣйствуетъ вовсе не вашимъ именемъ и не по вашему полномочію. Второй совершаетъ сдѣлку, уплату, очень тѣсно связанную съ главнымъ обязательственнымъ отношеніемъ, но совершаетъ онъ эту сдѣлку, уплату, по силѣ обязательства, которое принялъ *самъ на себя*, своимъ именемъ, а не вашимъ, главнаго должника, именемъ, не по вашему полномочію.

Современныя системы знаютъ въ области договорныхъ сдѣлокъ любопытное явленіе *договоровъ въ пользу третьяго*. Съ этимъ явленіемъ мы встрѣтимся позже, въ ученіи о договорѣ. Оно само далеко не настолько устойчиво, чтобы сопоставленіемъ съ нимъ удобно было пользоваться для прецизированія понятія представительства. Подробности строенія этого явленія будутъ намъ ясны въ связи съ цѣлымъ составомъ института. Здѣсь, однако, не излишне будетъ замѣтить, что стипулянтъ, совершая сдѣлку *въ интересахъ третьяго*, дѣйствуетъ *не по его полномочію*, не какъ юридическій представитель принципала, не его именемъ, *а самостоятельно*, своимъ именемъ, *хотя и не въ свою пользу*, а въ пользу третьяго.

Возможны, наконецъ, случаи, гдѣ лицо, совершая юридическую сдѣлку, внѣ всякихъ сомнѣній оперируетъ ради другого, *переводитъ* весь эфектъ операціи, и именно *юридическій эфектъ ея*, безъ остатка для себя, на имя другого лица. Примѣровъ легко найти много. Возьмемъ образецъ изъ латинской практики. Heres fiduciarius принимаетъ наслѣдство и становится въ полномъ смыслѣ правопреемникомъ наслѣдодателя, но не для того, однако, чтобы остаться таковымъ, а чтобы выдать все наслѣдство наслѣднику фидеикоммиссарному, причемъ для такой выдачи, въ республиканскую эпоху, у него существовало одно внутреннее побужденіе совѣсти и никакого юридическаго стимула. Въ современной *торговой* практикѣ такія юридическія операціи, съ виду исключительно для себя, по существу въ интересахъ коммитента, совершаетъ коммиссіонеръ, торгующій отъ своего имени, но за счетъ коммитента (см. напр. Нѣм. торг. код. 10 мая 1897 г. ст. 383—406). Наконецъ, дѣйствіе по порученію, скрытому отъ одной изъ сторонъ, имѣющихъ соучаствовать въ сдѣлкѣ, можетъ быть совершаемо и дѣйствительно постоянно совершается и *въ общемъ правѣ*. Вотъ случай. N имѣетъ особый интересъ пріобрѣсти сосѣднее землевладѣніе, черезъ присоединеніе котораго къ наличному у N участку цѣна этого участка очень значительно повысится. Это, конечно, хорошо извѣстно владѣльцу сосѣдняго участка, и съ N онъ потребуетъ, именно въ виду этого, такой цѣны, которой ему не дастъ никто, кромѣ этого сосѣда. Тогда N даетъ деньги *подставному лицу*, которое покупаетъ участокъ *на свое имя*, но единственно для того, чтобы тотчасъ перепродать этотъ участокъ N-у.

Спрашивается, съ какой операціей мы имѣемъ здѣсь дѣло? Будетъ ли heres fiduciarius, коммиссіонеръ, подставной покупщикъ *юридическимъ* представителемъ фидеикоммиссарнаго наслѣд-

ника, коммитента, сосѣда-пріобрѣтателя? Въ нѣмецкой и русской литературѣ вопроса намъ отвѣчаютъ на него частью утвердительно, полагая, что такое представительство, особенно въ послѣднемъ примѣрѣ, слѣдуетъ отличить отъ *прямого* представительства только особымъ названіемъ, другимъ терминомъ, напр., наименованіемъ его представительствомъ *непрямымъ, косвеннымъ, фактическимъ*. Ihering совершенно основательно примѣняетъ сюда вполнѣ отличный отъ подлиннаго для случаевъ настоящаго представительства терминъ—Stellvertreter, другой терминъ, именно—Ersatzmann, который собственно ближе соотвѣтствуетъ понятію просто *подставного агента*, замѣстителя, *а не представителя въ юридическомъ значеніи* этого слова.

Мы думаемъ, что тамъ, гдѣ институтъ представительства вполнѣ опредѣлился, тамъ существенныя для него черты будутъ заключаться въ *юридическомъ содѣйствіи* одного лица *взамѣнъ другого* при совершеніи имъ сдѣлки *отъ своего* (представителя), *имени*, но *съ прямыми юридическими послѣдствіями* не для него самого, а *для* его *принципала*.

Если нѣтъ этихъ признаковъ, то нѣтъ въ гражданскомъ правѣ представительства, какъ особаго юридическаго института.

Въ указанномъ примѣрѣ покупки участка на свое имя, чтобы перепродать сосѣду, мы имѣемъ случай, гдѣ посторонній покупатель долженъ скрывать подлиннаго дестинатарія сдѣлки, дѣйствовать именно *не въ качествѣ представителя*, а въ качествѣ самостоятельнаго покупщика. Продажа этого участка сосѣду совершается опять какъ *новая простая сдѣлка отчужденія* собственникомъ вещи новому пріобрѣтателю. Къ этимъ двойнымъ операціямъ приходится прибѣгать именно тамъ, *гдѣ прямой путь неудобенъ или гдѣ институтъ представительства не развитъ*. Называть такой вынужденный обходный путь именемъ представительства такъ же ошибочно, какъ ошибочно именовать продажу (mancipatio въ старомъ латинскомъ правѣ) съ условіемъ объ обратной продажѣ (cum pacto de remancipando) залогомъ, ибо и эта сдѣлка находитъ мѣсто только тамъ, гдѣ институтъ залога неразвитъ самостоятельно. Тутъ и тамъ, въ этихъ сдѣлкахъ фидуціарнаго типа, можно видѣть *суррогатъ* не образовавшагося специфическаго института залога, представительства, особый видъ симуляціи, притворства, а вовсе не модификацію подлиннаго института. Для института представительства, повторяемъ, существенно, чтобы сдѣлка, совершаемая представителемъ, произвела прямо и непосредственно весь свой эффектъ въ сферѣ правоотно-

шеній представляемаго. Въ этомъ вся физіономія, весь характеръ этого института.

Установивъ, такимъ образомъ, основныя черты понятія представительства въ гражданскомъ правѣ, мы обращаемся къ вопросу о положительной разработкѣ этого института въ главнѣйшихъ извѣстныхъ намъ системахъ гражданскаго права.

Извѣстно, что въ правѣ римскомъ этотъ институтъ вовсе не развился какъ самостоятельный и законченный для широкаго примѣненія его къ многообразнымъ формамъ цивильныхъ сдѣлокъ. Принципъ стараго права, per liberam personam nobis acquiri non potest, удержался до самой поздней эпохи какъ общій руководящій, хотя, какъ это хорошо извѣстно, и старое право отступало отъ него въ отдѣльныхъ случаяхъ utilitatis causa, и лишь новая эпоха довольно широко развила отступленія отъ этого общаго принципа. Если шкиперъ чужого судна (magister navis), завѣдующій чужимъ промышленнымъ заведеніемъ (institor), отвѣчалъ по своимъ сдѣлкамъ прежде всего лично, то преторская система, на ряду съ этимъ, in subsidium, призывала къ отвѣтственности и принципала, распространяя, такимъ образомъ, эфектъ сдѣлки прямо на лицо, въ ней неучаствовавшее. Любопытнаго процесса развитія этой системы actionum adjectitiae qualitatis, столь роскошно разрабатываемаго нынѣ романистами, мы здѣсь вовсе не касаемся, ограничиваясь замѣчаніемъ, что старый принципъ, несмотря на неоднократныя отступленія, остался все же неустраненною характерной особенностью латинскаго права; и реципированное право не дало намъ готовыхъ основъ для института представительства, подобно тому какъ мы нашли въ немъ настоящія основы для цѣлаго ряда другихъ институтовъ цивильной системы.

Вопросъ о томъ, что собственно помѣшало въ Римѣ развитію института представительства per liberam personam, довольно споренъ въ теперешней литературѣ *) и можетъ здѣсь занять насъ только въ той мѣрѣ, въ какой способенъ освѣтить другой, болѣе близкій намъ,—именно, чѣмъ объясняется необходимость этого института въ современныхъ дѣйствующихъ системахъ? Въ Римѣ, конечно, необходимость этого института чувствовалась слабѣе, чѣмъ у насъ, ибо persona sui juris въ условіяхъ античнаго соціальнаго быта стояла *не такъ одиноко* съ своей обособленной приватной сферой правоотношеній, какъ у насъ. Для расширенія сферы его цивильныхъ операцій такому лицу не было необходи-

*) См. мысли Регельсбергера, Pandekten, § 162, пр. 1.

мости прибѣгать къ совершенію сдѣлокъ взамѣнъ принципала черезъ *свободнаго* представителя, per liberam personam, ибо, совершенно независимо отъ этого института, сдѣлки лицъ подвластныхъ, personae alieni juris, и особенно несвободныхъ, *въ силу связи ихъ съ домовладыкой или хозяиномъ*, влекли за собою неизбѣжно измѣненія въ сферѣ его правоотношеній. Это не были представители принципала, но эфектъ ихъ операцій могъ часто замѣнять собою тотъ, котораго мы нынѣ достигаемъ per liberam personam, дѣлая такое лицо представителемъ нашимъ въ сдѣлкахъ гражданскаго права.—На ряду съ этимъ играла, конечно, извѣстную роль возможность, въ отдѣльныхъ случаяхъ, обходиться указанными выше *суррогатами* этого института или пользоваться постепенно образовывавшимися изъятіями изъ указаннаго принципа, причемъ принципъ все же оставался какъ бы непоколебленнымъ.

Ставъ на эту точку зрѣнія, несомнѣнно правильную для классической системы, мы открываемъ себѣ заранѣе нѣкоторую перспективу для уясненія условій, въ коихъ у насъ стала чувствоваться и опредѣлилась необходимость развитія разсматриваемаго института, идущаго прямо на встрѣчу латинскому принципу per liberam personam nobis acquiri non potest.

Исторія института возбуждаетъ не только у насъ, но и на западѣ много сомнѣній. Нѣкоторые изслѣдователи полагаютъ, что основы его лежали въ правосознаніи, предшествующемъ эпохѣ рецепціи, хотя доказать это трудно *). Тёль связываетъ процессъ его образованія на новой почвѣ съ институтами торговаго права въ особенности; Бухка указываетъ на каноническое право, какъ на источникъ принципіальнаго допущенія представительства въ гражданскомъ правѣ **).

Самое наименованіе, техническое, и составъ института, совершенно отличный отъ реципированнаго права, опредѣлились, для Германіи въ особенности, не ранѣе XVII в. Въ теперешнихъ кодифицированныхъ системахъ представительство въ гражданскомъ правѣ выработалось вполнѣ въ составѣ институтовъ общаго, а не спеціально-торговаго права. Догматическое строеніе института мы покажемъ дальше. Здѣсь нѣсколько словъ по исторіи института у насъ.

Исторія нашего права несомнѣнно заключаетъ въ себѣ не мало цѣнныхъ данныхъ по вопросу о развитіи института пред-

*) Stobbe, Handbuch III § 170, пр. 2. Для исторіи догмы особ. Buchka Die Lehre v. d. Stellvertretung и проч. (1852 г.).

**) Thöl, Handelsrecht 6 изд. § 70, пр. 1; Бухка, указ. сочин. стр. 158.

ставительства у насъ. Къ сожалѣнію, эти данныя почти совершенно неразработаны нашими историками и цивилистами, особенно для до-петровскаго періода нашей исторіи. Въ ожиданіи монографической разработки любопытнаго вопроса, мы не откажемся въ дальнѣйшемъ сдѣлать нѣсколько общихъ указаній по исторіи института, составляющихъ результатъ общаго пониманія явленій разныхъ эпохъ, а не детальной разработки самого института *).

Выше, въ связи съ ученіемъ о лицѣ, особенно о союзныхъ формахъ правообладанія въ старое время, мы показали, что правоспособность отдѣльнаго человѣка долгое время остается тѣснѣйшимъ образомъ связанной и условленной принадлежностью его къ тому или другому союзу. Особая, индивидуальная правоспособность отдѣльнаго человѣка выдѣляется слабо и медленно изъ этихъ узъ союза, съ коимъ индивидуумъ болѣе или менѣе тѣсно связанъ. То же, что мы говоримъ о правоспособности лица въ старыхъ бытовыхъ условіяхъ, слѣдуетъ сказать и о его *дѣеспособности* и объ особенностяхъ, которыя отличаютъ *способы волеизъявленій* и порядокъ совершенія сдѣлокъ въ эту пору.

По отношенію къ послѣднему, т.-е. къ способу изъявлять волю съ опредѣленнымъ для гражданскихъ правоотношеній лица эффектомъ, мы установили выше различія между волеизъявленіями юридическихъ лицъ, союзовъ, которые достигаютъ указанной цѣли посредствомъ своихъ органовъ (общее собраніе, правленіе, его члены, директоры и проч., ср. выше § 21). Съ другой стороны, мы различили непосредственныя волеизъявленія отдѣльныхъ людей и волеизъявленія, которыя совершаются или съ содѣйствіемъ другихъ лицъ, соучаствующихъ въ ихъ волеизъявленіяхъ вмѣстѣ съ субъектомъ сдѣлки, или взамѣнъ его. Только въ послѣднемъ явленіи, при наличности, сверхъ того, указанныхъ выше квалификацій, мы и находимъ необходимые признаки особаго института представительства въ гражданскомъ правѣ.

Но всѣ эти различія и возможность точнаго анализа явленій замѣстительства условлены потребностями развитого обмѣна и высокой юридической техники. Этихъ различій вовсе нельзя сдѣ-

---

*) Лишь въ самое послѣднее время ученіе *о дѣеспособности* стало предметомъ обстоятельной исторической разработки, для русскаго права въ особенности, въ обширной монографіи Ник. Ник. Дебольскаго, посвященной этой задачѣ. На этой общей основѣ удобно было бы впослѣдствіи хорошо поставить и другія спеціальныя проблемы ученія о сдѣлкѣ, о представительствѣ и проч. Преждевременная кончина талантливаго молодого ученаго лишила насъ надежды скоро увидѣть разработку этой основы въ деталяхъ ученій, тѣсно съ нею связанныхъ.

лать въ явленіяхъ мало развитого обмѣна, особенно при условіи господства союзныхъ формъ правообладанія, и при мало разработанной юридической техникѣ.

Старые памятники нашего права касаются вопроса о замѣстительствѣ въ сдѣлкахъ и процессѣ далеко не часто. Выше другихъ памятниковъ стараго права въ этомъ, какъ и во многихъ другихъ отношеніяхъ, стоитъ Псковская судная грамота. Въ ней сохранились любопытныя, хотя и отрывочныя указанія на *пособничество на судѣ за извѣстныхъ недѣеспособныхъ людей*, которое грамота допускаетъ вопреки общему запрету *ходить помочью на судъ* (ср. ст. 58, 21, 36). За церковную землю тоже запрещено *ходить сусѣдямъ помочью на судъ*, а допущено только *хожденіе старосты* (70). Наконецъ, въ вопросахъ защиты общаго владѣнія грамота требуетъ процессуальнаго соучастія всѣхъ совладѣльцевъ (сябровъ), а для крестнаго цѣлованья допускается замѣстительство однимъ изъ соучастниковъ всѣхъ другихъ (ст. 106) *). Этотъ же памятникъ указываетъ намъ любопытную функцію послуха на судѣ, который собственно долженъ *подтверждать* притязаніе стороны, на него сославшейся, стало быть, содѣйствовать сторонѣ въ ея процессуальной дѣятельности, но можетъ *и замѣнять ее* не только въ принятіи присяги, но и въ бою **) (ст. 20). Замѣчательны опредѣленія этой же грамоты, воспрещающія посаднику за друга тягатися, опрочь своего орудія, или гдѣ церковное старощеніе держитъ (ст. 68), и еще болѣе широкое ограниченіе брать на себя процессуальное представительство всякому лицу, облеченному властью, столь близко напоминающее подобное ограниченіе въ правѣ латинскомъ для такъ назыв. personae potentiores, которыя, скупая иски (redemtores litium), могли своимъ вліяніемъ угрожать началу равенства сторонъ въ процессѣ (ст. 69; ср v. Vangerow Pandekten, § 574).

Въ этомъ замѣчательномъ по наличности признаковъ высокаго развитія именно гражданскихъ институтовъ памятникѣ русской старины въ строеніи представительства (только процессуальнаго) заслуживаетъ нашего особаго вниманія вліяніе союзной общности лицъ на способность ихъ *замѣнять* одного другимъ въ чисто

---

*) Толкованіе статьи не безспорно (см. особ. указаніе Владимірскаго-Буданова въ его Христоматіи).

Тутъ же, для историческихъ проблемъ, идущихъ въ глубину прошлаго, высокую цѣну имѣетъ запрещеніе соучастія всей общины (ст. 58, 106, 27, 34, 56, и друг.; тоже см. особ. ст. 6-я Новгор. судн. грам.).

**) Хочетъ съ послухомъ на полѣ лѣзетъ, или послухъ (послуху?) у креста положитъ чего искалъ (см. примѣч. Владимірскаго-Буданова къ этой статьѣ Грамоты, ср. еще ст. 22 и 23).

юридическихъ актахъ, каково цѣлованье креста на судѣ (присяга, ст. 106). Вмѣстѣ съ этимъ соучастіе лица (опять только процессуальное, въ качествѣ послуха) въ юридическомъ актѣ *совмѣстное* легко *переходитъ въ такое же соучастіе взамѣнъ стороны* (ст. 20). Несмотря на то, что понятіе сдѣлки гражданской въ разсматриваемую эпоху далеко не совпадаетъ съ современнымъ и разработка всего института соучастія разныхъ лицъ въ юридическихъ операціяхъ другихъ относится въ разсматриваемой грамотѣ къ актамъ процессуальнымъ, вопросъ о представительствѣ вообще несомнѣнно освѣщается въ значительной мѣрѣ и этими данными.

Въ послѣдующемъ развитіи нашего права мы далеко не найдемъ такихъ общихъ нормъ, хотя бы косвенно, но все же надежнымъ образомъ уясняющихъ намъ положеніе всего вопроса. Матеріалъ, способный служить для изученія задачи, для послѣдующей эпохи, есть, главнымъ образомъ, практическій, дошедшій къ намъ въ составѣ юридическихъ сдѣлокъ той эпохи. Долгое время мы не видимъ здѣсь сколько-нибудь твердо установившихся нормъ для опредѣленія юридической роли представителя въ совершеніи сдѣлокъ. Но зато и условія, которыя дѣлали слабую разработку института не особенно ощутительною въ ту пору, тоже ясны для насъ. Вмѣсто института представительства мы имѣемъ много образцовъ такихъ операцій, которыя служили, какъ было показано выше, *суррогатами* этого института.

И такъ, лица, связанныя одно съ другимъ *общностью интересовъ* (напр., совладѣнія, какъ въ указанномъ примѣрѣ сябровъ въ Псковск. судн. грам.), *принадлежащія къ одному союзу* (напр., родовому, натурально, только для дѣлъ этого союза, также супружескому, семейному вообще, но опять не по любымъ дѣламъ), *къ сообществу исповѣдному* (тоже по дѣламъ извѣстнаго характера, прикасающимся области вѣрованій, особенно тогда, когда такая связь изъ отдаленной становится близкой, пріобрѣтаетъ свойство конкретнаго отношенія между извѣстными лицами, какъ у отца духовнаго, у крестнаго отца, у церковнаго старосты и тому подобное), наконецъ, лица зависящія одно отъ другого, въ смыслѣ ли службы, или холопства, или же, въ позднѣйшее время, отношеній крѣпостной зависимости,—во всѣхъ этихъ и подобныхъ случаяхъ одно лицо могло легко замѣщать другое въ его юридическихъ актахъ, не будучи въ подлинномъ смыслѣ его представителемъ въ сдѣлкѣ гражданской, или на судѣ.

Нѣтъ сомнѣнія, что и операціи, указанныя нами выше, съ неопредѣленнымъ вѣрителемъ или истцомъ (см. выше, стрр. 791—

793), или сдѣлки, совершаемыя фидуціарнымъ способомъ, подставою, служили той же цѣли (выше стр. 810 и слѣд.).

Замѣняли ли, однако, такіе *суррогаты представительства* институтъ формально сложившійся для этой специфической цѣли,— это вопросъ, котораго разрѣшеніе не затруднитъ насъ, конечно. Это способы, несомнѣнно могущіе *въ отдѣльныхъ случаяхъ* служить для тѣхъ же цѣлей, какъ и специфическій институтъ представительства. Они способны, какъ это видно въ римскомъ правѣ, задерживать развитіе этого специфическаго института, и конкуррировать съ нимъ даже при полномъ его развитіи. Но нѣтъ сомнѣнія, что указанные нами выше способы содѣйствія взамѣнъ другого лица кѣмъ-либо изъ близко съ нимъ связанныхъ могутъ имѣть примѣненіе только въ тѣсномъ кругу сдѣлокъ извѣстнаго типа, гдѣ данный кругъ лицъ по существу дѣла болѣе или менѣе солидаренъ съ видами сторонъ, совершающихъ сдѣлку. При этомъ связь этого рода не всегда и необходимо дѣлаетъ каждое лицо, находящееся въ подобныхъ отношеніяхъ къ принципалу сдѣлки, желательнымъ и надежнымъ орудіемъ достиженія его цѣлей. Тутъ часто могутъ имѣть мѣсто сомнѣнія, всегда необходимо или точное знаніе или ближайшее изслѣдованіе каждаго конкретнаго случая. Наконецъ, здѣсь очень возможны ошибки и недоразумѣнія. Эти суррогаты не устраняютъ необходимости развитія постоянныхъ и специфически для цѣли представительства разсчитанныхъ формъ и обрядовъ установленія свободнаго представительства и точной разработки возникающихъ этимъ путемъ правоотношеній какъ между принципаломъ и представителемъ, съ одной стороны, такъ и между этими лицами и третьими, входящими въ сдѣлку, съ другой.

Съ Петра Великаго, въ числѣ актовъ, которые должны быть совершаемы съ соучастіемъ публичныхъ органовъ, названы вѣрчія крѣпости (см. выше). Въ указѣ о формѣ суда (1723 г.) сторонамъ предоставлено посылать вмѣсто себя другихъ людей съ вѣрющими письмами, въ коихъ должно быть обозначено, что вѣритель во всемъ, что̀ повѣренный учинитъ, прекословить не будетъ.

Очень слабо, правда, но въ этихъ актахъ уже опредѣлились нѣкоторыя черты прямыхъ юридическихъ послѣдствій для довѣрителя отъ тѣхъ дѣйствій, на которыя онъ уполномочиваетъ повѣреннаго. Извѣстно, однако, что указъ о формѣ суда мало привился къ практикѣ, и въ дальнѣйшемъ движеніи законодательства 18 в. мы видимъ большія колебанія практики въ вопросахъ самыхъ существенныхъ, касающихся порядка удостовѣренія довѣ-

ренностей *). Законодатель занятъ болѣе частными случаями замѣны одного лица другимъ въ совершеніи гражданскихъ актовъ, гдѣ дѣло не терпитъ промедленія (напр., въ вопросахъ межеванія), или гдѣ выдача довѣренностей прикрываетъ собою другія цѣли, напр., обходъ закона, воспрещающаго владѣть разночинцамъ населенными имѣніями, или уклоненіе отъ платежа пошлинъ за право торговли посредствомъ выдачи довѣренностей лицамъ неторговаго класса.

Практика этого рода не могла уяснить природу представительства въ гражданскомъ правѣ и она осталась въ сводѣ законовъ мало разработанной. Причина скудости нашего позднѣйшаго права въ этомъ ученіи сравнительно даже съ тѣми здравыми основами института, которыя были выше указаны для эпохи Псковской судной грамоты, совершенно понятны въ виду неразрывнаго сплетенія „дѣлъ челобитчиковыхъ“ съ „дѣлами интересными“; которое составляетъ характерную черту послѣпетровской указной дѣятельности, и бытовыхъ условій этой эпохи, гдѣ въ каждомъ институтѣ гражданскаго права видна примѣсь нецивильныхъ основъ, началъ привилегіи, служебныхъ или податныхъ цѣлей, вліяющихъ на все его построеніе. Въ подобныхъ условіяхъ часто цивильная конструкція института представительства не могла никакимъ образомъ самостоятельно развиться.

§ 57.

Представительство въ главнѣйшихъ западныхъ кодексахъ, въ дѣйствующей нашей системѣ и въ Проектѣ.—Попытки раскрыть общія юридическія основанія для института представительства въ современной нѣмецкой литературѣ.

Представительство разработано нынѣ болѣе или менѣе широко въ любомъ современномъ кодексѣ гражданскаго права общаго и торговаго на Западѣ **). Для нашихъ цѣлей мы ограничимся здѣсь главнѣйшими положеніями общаго права въ новыхъ кодексахъ, особенно въ Имперскомъ Гражданскомъ Уложеніи 16 авг. 1896 г., гдѣ ученіе это нашло себѣ законченную обработку *въ составѣ общей части кодекса.*

---

*) Неволинъ Ист. Рос. Гр. Зак. ч. 3-я (изд. 58 г.) стр. 221 особенно и § 465 вообще.

**) Для Прус. Ландрехта I. 13, §§ 85, 153; для Code civil особ. artt. 1997, 1998; Цюрихск. код. § 949; Саксонск. §§ 788, 1217; Швейцарское Обязат. пр. art. 36; Нов. Имперск. Гражд. Улож. ст. 164—181; Торгов. Имп. Код. 97 г. §§ 48—58.

Въ современныхъ цивильныхъ системахъ волеизъявленіе черезъ представителя, направленное на измѣненіе правоотношенія принципала, допускается, вопреки латинской традиціи, въ самомъ широкомъ примѣненіи къ любымъ юридическимъ сдѣлкамъ имущественнаго типа inter vivos. Не допускается волеизъявленіе черезъ представителя въ актахъ послѣдней воли и вступленія въ союзъ супружескій. Французскій кодексъ требуетъ *личной явки* усыновителей или усыновляемаго передъ судомъ для выраженія согласія ихъ на *усыновленіе* (C. C. art. 353 и слѣд.). То же требованіе выражено нашей ст. 1460[1] Уст. Гр. Суд. для *узаконенія* дѣтей: подача просьбъ (объ узаконеніи) чрезъ повѣренныхъ не допускается *).

Для тѣхъ случаевъ, гдѣ данная система допускаетъ волеизъявленіе черезъ представителя *основаніемъ* такого замѣстительства принципала, можетъ служить: a, легальная норма, b, полномочіе на совершеніе или послѣдующее одобреніе со стороны принципала сдѣлки уже совершонной его именемъ, но не имъ непосредственно. Въ первомъ случаѣ представительство будетъ необходимымъ или законнымъ, во второмъ—добровольнымъ или договорнымъ.

a. Если въ основѣ представительства лежитъ *легальная норма*, то право *представлять* личность другого можетъ быть связано съ институтомъ приватной зависимости одного лица отъ другого, имѣющаго власть отцовскую, супружескую, надъ другимъ. Въ этихъ случаяхъ нѣтъ надобности ни въ какомъ *особомъ актѣ*, уполномочивающемъ отца заступать мѣсто сына, несовершеннолѣтняго, въ сдѣлкахъ, касающихся правоотношеній (т. X, ч. I, ст. 226, 230, 180, 181) подвластнаго лица. Если это опекунъ или попечитель, то нормально въ современномъ правѣ его *опредѣляетъ къ лицу или имѣнію опекаемаго* опекунское установленіе (251), и такое опредѣленіе служитъ основаніемъ полномочія

*) Русская литература по вопросу о представительствѣ въ гражданскомъ правѣ заключаетъ въ себѣ не мало почтенныхъ трудовъ нашихъ цивилистовъ. Для знакомства съ цѣлымъ ученіемъ особ. Нерсесова. Понятіе добровольнаго представительства въ гражданскомъ правѣ 1879 г. Больше полемическаго характера съ ученіями западныхъ цивилистовъ, не самостоятельна и не закончена работа покойнаго проф. Казанцева. Очень цѣнною и содержательною для русской практики являются работы Г. Гордона „Представительство въ гражд. правѣ“ 1879 г. и его же Представительство безъ полномочія 1893 г. Особо должна быть поставлена выдающаяся диссертація проф. Ю. С. Гамбарова: Добровольная и безвозмездная дѣятельность въ чужомъ интересѣ, 2 вып. 1879 и 1880 г.г., по широкой постановкѣ задачъ изслѣдованія и разработкѣ общихъ основныхъ вопросовъ цивилистики, для конхъ изслѣдуемый институтъ служитъ только средствомъ освѣщенія. Въ посмертномъ изд. Курса Торговаго права Нерсесова, выполненномъ профессоромъ А. Г. Гусаковымъ въ 1896 г. см. § 13.

легальнаго представителя. Случаи установленія легальнаго представительства, составъ лицъ, вѣдающихъ опеку, содержаніе ихъ полномочій, способъ прекращенія опеки, также какъ вопросы, касающіеся опекунскихъ функцій родителей опекаемаго могутъ быть разсмотрѣны лишь въ связи съ соотвѣтствующими институтами данной системы. Родители и опекуны, въ свою очередь, способны уполномочивать другія лица для совершенія, именемъ опекаемаго, юридическихъ актовъ, касающихся его имущественныхъ отношеній, взамѣнъ ихъ.—Нѣтъ сомнѣнія, что право дѣйствовать чрезъ представителя не ограничивается физическими лицами и принадлежитъ въ равной мѣрѣ казеннымъ управленіямъ, сословіямъ лицъ, монастырямъ, духовнымъ установленіямъ (2291). Для процессуальнаго представительства законъ нашъ *обязываетъ* общества, товарищества и компаніи искать и отвѣчать на судѣ чрезъ особаго повѣреннаго (ст. 27, 26 Уст. Гр. Суд.).— Вопросъ о такомъ повѣренномъ, *представителѣ* обществъ и союзовъ, дѣйствующемъ взамѣнъ ихъ, слѣдуетъ строго отличать отъ *органовъ* такихъ юридическихъ лицъ, черезъ которые они непосредственно упражняютъ, въ предѣлахъ, указанныхъ закономъ или статутомъ, свою гражданскую дѣеспособность. Итакъ, правленіе общества, если дѣло идетъ, напр., объ акціонерной компаніи, *должно* уполномочить *особаго* повѣреннаго для иска на судѣ. Для земской или городской управы такимъ уполномоченнымъ можетъ быть предсѣдатель или членъ управы (*органъ* указаннаго установленія) или особый уполномоченный (*представитель* его) (см. Уст. Гр. Судопроизв. ст. 27 съ разъяснен., составилъ Вл. Гордонъ, 1903 г., ср. ст. 2291 и 2292, т. X, ч. I). Право несостоятельнаго искать и отвѣчать на судѣ, по объявленіи несостоятельности, переходитъ къ конкурсному управленію (Уст. Гр. Суд., ст. 21); но конкурсъ тоже можетъ посредствомъ особой довѣренности уполномочить одного изъ своихъ членовъ искать на судѣ. Для лицъ, безвѣстно отсутствующихъ, законъ указываетъ особую процедуру для установленія опеки надъ его имуществомъ (Уст. Гр. Суд., ст. 1453 и слѣд., ср. т. X, ч. I, ст. 1243 и слѣд.).

b. На ряду съ этими легальными способами замѣнять недѣеспособныхъ въ гражданскомъ правѣ субъектовъ представителями или юридическими замѣстителями, которые получаютъ свои полномочія не отъ принципаловъ, а силой закона, опредѣленіемъ судебной власти, современное право широко развило институтъ представительства, въ основѣ коего лежитъ актъ доброй воли представляемаго, который или предшествуетъ замѣнѣ одного лица

(принципала) другимъ (повѣреннымъ, представителемъ), или сопровождаетъ уже совершенныя именемъ другого сдѣлки. Въ обоихъ случаяхъ эффектъ волеизъявленія представителя явно находится въ самой тѣсной связи съ намѣреніями, съ видами принципала. Это и составляетъ отличительный признакъ этой категоріи явленій отъ разсмотрѣнныхъ выше случаевъ представительства малолѣтняго, безумнаго, безвѣстно-отсутствующаго, гдѣ о волѣ этихъ лицъ не можетъ быть рѣчи, и весь эффектъ дѣйствія ихъ опекуновъ, попечителей и проч. долженъ быть отнесенъ къ легальной нормѣ, по силѣ которой они призваны возмѣщать отсутствующую дѣеспособность названныхъ лицъ.

Въ одномъ случаѣ, стало быть, эффектъ представительства условленъ волеизъявленіемъ принципала, который, чтобъ дѣйствовать черезъ другого, долженъ прежде всего самъ быть юридически дѣеспособнымъ,—въ другомъ отъ принципала не зависитъ ничего, ибо онъ не дѣеспособенъ. Съ другой стороны, для юридическаго эффекта сдѣлки какъ въ томъ, такъ и въ другомъ случаѣ представитель долженъ необходимо самъ имѣть дѣеспособность, безъ которой его волеизъявленіе не произведетъ никакого юридическаго дѣйствія.

Идея представительства въ томъ и другомъ случаѣ одна. Волеизъявленіе, расчитанное на извѣстный эффектъ, исходитъ отъ представителя. Онъ авторъ юридической сдѣлки. Но эффектъ этой сдѣлки вовсе не касается его юридической сферы и обнаруживается прямо и непосредственно въ измѣненіяхъ правоотношеній самого принципала.

Для наступленія этого эффекта представитель долженъ имѣть ту силу или ту способность, которая называется *полномочіемъ* (Vollmacht, pouvoir) или *властью представлять принципала* (Vertretungsmacht). Эта юридическая сила или это полномочіе и сообщается представителю или легальной нормой, или актомъ довѣренности, порученія дѣйствовать именемъ принципала, или, наконецъ, эта юридическая сила образуется впослѣдствіи, когда принципалъ даетъ свое одобреніе сдѣлкѣ, совершонной его именемъ безъ его полномочія.

Дѣйствующіе кодексы даютъ всему институту то или другое мѣсто въ системѣ, смотря по тому, какой моментъ *внутренній*,—довѣренность, порученіе, или *внѣшній*,—полномочіе, власть предпредставлять, выдвигается въ этомъ институтѣ на первый планъ.

Французскій кодексъ опредѣляетъ всѣ основныя черты института въ титулѣ о договорѣ довѣренности (Livre III, titre 13, du mandat, art 1984—2010), съ коимъ по эффекту сближается по-

слѣдующее одобреніе совершонныхъ на имя другого безъ полномочія сдѣлокъ (art. 1338, абз. 3-ій, и art. 1998, абз. 2-ой). При этомъ положеніи ученія въ системѣ идея представительства не выражается въ цѣломъ ея объемѣ, и для полноты ея изученія надо имѣть въ виду случаи полномочія, основанные на законѣ, въ составѣ отдѣльныхъ указанныхъ выше институтовъ.

Въ ученіи о довѣренности Code civil, какъ и нашъ т. X ч. I въ соотвѣтствующей главѣ II раздѣла IV, кн. 4-ой, разсматриваетъ преимущественно внутреннюю сторону института, составленіе довѣренности и совершеніе вѣрющихъ писемъ, исполненіе и прекращеніе довѣренности (ст. 2291 — 2334). Эта сторона вопроса интересуетъ насъ здѣсь меньше, и мы будемъ имѣть случай коснуться ея въ ученіи о договорахъ вообще и о договорѣ довѣренности въ особенности. Замѣтимъ здѣсь только, что свойство договора и полномочія, на немъ основаннаго, у насъ, какъ и въ латинскомъ правѣ, отличается для той и другой стороны особою чуткостью къ измѣненіямъ воли принципала подчиняться послѣдствіямъ совершонныхъ повѣреннымъ сдѣлокъ и воли повѣреннаго совершать за другого волеизъявленіе. Актъ довѣрія и полномочія представлять принципала могутъ и съ той и съ другой стороны быть прекращены въ любое время, хотя, правда, не всегда безъ обязательства вознаградить потерпѣвшаго за происшедшіе отъ того убытки (С.с. art. 2003 — 2010; особ. для довѣрителя, art. 2004, право уничтожить довѣренность quand bon lui semble, тоже т. X, ч. I ст. 2330 и слѣд.). Это настолько въ свойствахъ этого типа правоотношеній, что отказъ отъ этого права обыкновенно не имѣетъ силы, хотя бы былъ именно введенъ въ составъ договора. Съ другой стороны, сила довѣренности и полномочія обыкновенно прекращается смертью довѣрителя или повѣреннаго, развѣ бы повѣренный или третье лицо не имѣло свѣдѣній о послѣдовавшей смерти довѣрителя (Code civ. 2008 и слѣд., тоже частью и для другихъ способовъ прекращенія довѣренности). Обязанности наслѣдниковъ повѣреннаго введены въ этомъ случаѣ въ самыя тѣсныя границы (тамъ-же, art. 2010; см. также т. X, ч. 1, ст. 2330 и 2334 съ значительными осложненіями, условленными реквизитомъ письменности).

Прусскій Ландрехтъ, какъ и Французскій кодексъ, но съ бо́льшими подробностями, разрабатываетъ вопросъ о содержаніи полномочій, основанныхъ на довѣренности для отдѣльныхъ, спеціальныхъ сдѣлокъ, особенно для дареній, отказовъ, мировыхъ сдѣлокъ, отчужденія и пріобрѣтенія недвижимостей, занесенія гипотекъ, дачи присяги, уговора о третейскомъ судѣ и проч., которыя

должны быть въ довѣренности именно показаны (I, 13 §§ 99—110). Съ другой стороны, Ландрехтъ, какъ нашъ т. X, ч. I, шире примѣняетъ требованіе письменной формы для довѣренности (тамъ же, §§ 7—11).

Цѣлесообразнѣе, въ смыслѣ системы, все ученіе о представительствѣ (Vertretung) и полномочіи (Vollmacht) въ цѣломъ составѣ и независимо отъ тѣхъ или иныхъ основаній полномочія новое германское уложеніе выдѣляетъ *въ общую часть* (раздѣла 3-го, о сдѣлкахъ, титулъ 5-ый).

Обыкновенно полномочіе и довѣренность являются связанными одно съ другимъ. Мы *довѣряемъ*, входимъ въ договорную сдѣлку (контрактъ mandatum у римлянъ) и силой этой сдѣлки *уполномочиваемъ* довѣреннаго; но эта связь двухъ сдѣлокъ не есть необходимая. Возможны акты довѣренности, мандаты, порученія, ни на что не уполномочивающія („веди мою торговую книгу"). Возможны и полномочія, когда довѣренность не имѣетъ силы (не такъ совершена), или когда ея вовсе нѣтъ (я вовсе не уговариваюсь съ опредѣленнымъ повѣреннымъ, а уполномочиваю должника произвести уплату такому-то или туда-то) *).

Новое нѣмецкое уложеніе по вопросу о вліяніи пороковъ воли или случаевъ ошибки на силу сдѣлки даетъ рѣшающее значеніе этимъ недостаткамъ волеизъявленія въ лицѣ повѣреннаго, а не въ лицѣ принципала (§ 166 абз. 1-ый, ср. т. X, ч. I, прил. къ ст. 694, п. 5, стт. 2326, 2328; Проек. ст. 71).

Полномочіе можетъ быть эфективно выражено не только лично повѣренному, но и третьему, съ коимъ повѣренный имѣетъ входить въ сношеніе именемъ принципала (Нѣм. Гр. Ул. 167); тоже и для прекращенія полномочія (171, абз. 2-ой). То же достигается публичнымъ увѣдомленіемъ о дачѣ или прекращеніи полномочія (тамъ же). Вопросъ о формѣ предоставленія полномочія поставленъ въ нѣмецк. кодексѣ независимо отъ обязательной для сдѣлки, на которую дано полномочіе, формы (167). Полномочіе можетъ быть выражено и молчаливымъ допущеніемъ извѣстныхъ операцій (пріемъ платежей свѣдома кредитора постоянно извѣстными лицами). Для силы сдѣлокъ, совершонныхъ именемъ другого безъ полномочія, нужно послѣдующее утвержденіе принципала (ratihabitio, 177); въ случаѣ неодобренія сдѣлки со стороны принципала потерпѣв-

*) Весь этотъ вопросъ особенно важенъ для торговаго права. См. особ. Laband, Die Stellvertretung beim Abschluss v. Rgeschäft. nach d. allgem. Handelsges. buch (въ Журн. Гольдшмита). Вопросъ очень споренъ (см. особ. полемику между Hupka (о молчаливомъ полномочіи) и Шлосманомъ (Stellvertret. т. II, стр. 508, Exc. II).

ший имѣетъ искъ объ убыткѣ съ представителя безъ полномочія, развѣ бы соучастникъ сдѣлки съ такимъ представителемъ зналъ заранѣе объ отсутствіи полномочія со стороны представляемаго (179). Если довѣренность возникаетъ изъ *договорной* сдѣлки, то полномочіе есть несомнѣнно *сдѣлка односторонняя*, не предполагающая для наступленія своего эфекта момента воспріятія обращеннаго именно къ данному лицу предложенія (nichtempfangsbedürftig), ибо для силы сдѣлки достаточно простого оглашенія полномочія (§ 171 абз. 1).

Всѣ современные, указанные здѣсь кодексы общаго, а также и торговаго права, котораго мы не касаемся, относятъ *послѣдствія совершонныхъ уполномоченнымъ сдѣлокъ непосредственно къ сферѣ правоотношеній принципала* (С.с. 1998, Ландрехтъ I, 13, §§ 85, 153, т. X, ч. I, 2326, Имп. Герм. Улож. § 164) и требуютъ отъ него соотвѣтственной этому правоспособности.

Прекращается полномочіе и довѣренность съ прекращеніемъ задачи, на которую оно было расчитано, или правоотношенія (служебное по найму, агентское...), его обосновавшаго. Несомнѣнно смерть той или другой стороны имѣетъ тоже дѣйствіе (съ нѣкоторыми ограниченіями для торговыхъ операцій и для процессуальнаго представительства), потеря правоспособности, наконецъ отказъ довѣрителя или повѣреннаго, заявленный въ формѣ соотвѣтствующей дачѣ полномочія или довѣренности.

Такимъ образомъ, идея прямого представительства въ сдѣлкахъ гражданскаго права, и особенно имущественныхъ, есть въ практикѣ главнѣйшихъ современныхъ системъ несомнѣнно господствующая и общепримѣнимая. Вся разница опредѣляется болѣе или менѣе законченной и детальной разработкой частностей института, причемъ наша система является и здѣсь совершенно отсталой. Разработка, данная этому институту въ проектѣ Гражд. Улож. (кн. I, Полож. общія гл. IV, ст. 67—71) поражаетъ своей скудостью и незаконченностью, тѣмъ болѣе странной, что кодификаторы поставили себѣ цѣлью обнять въ этомъ проектѣ не только общее, но и торговое право. Чтобъ убѣдиться въ *ничтожествѣ* этой работы достаточно сопоставить ее съ art. 164—182 Нѣм. Гражд. Улож., хотя бы не принимая во вниманіе Нѣмецк. Торговаго Кодекса.

Вопросъ о томъ, однако, на чемъ собственно держится это странное воздѣйствіе волеизъявленій одного лица (представителя) на правоотношеніе другого (принципала), принадлежитъ въ современной нѣмецкой литературѣ, ищущей внутреннихъ основаній

для объясненія строенія институтовъ, къ числу весьма контроверзныхъ *).

Группировка разныхъ ученій идетъ такъ. Тѣ писатели, которые хотятъ видѣть въ сдѣлкѣ продуктъ внутреннихъ психическихъ процессовъ (Савиньи, см. выше), особенно затрудняются отдѣлять эфектъ сдѣлки отъ этой *естественной* его причины. Я хочу извѣстнаго измѣненія моихъ правоотношеній, я же, для этой цѣли, и совершаю сдѣлку. Связь причины и послѣдствія неразрывна въ этомъ примѣненіи моей дѣеспособности къ моимъ же правоотношеніямъ. Къ этому простому и естественному первообразу писатели этого направленія стараются свести и дѣйствія чрезъ представителя. Итакъ, если мой представитель дѣйствуетъ за меня, то онъ есть только орудіе *моей воли*, и, слѣдовательно, измѣненія, которыя въ этомъ случаѣ произойдутъ въ сферѣ моихъ правоотношеній, будутъ составлять все же продуктъ моей воли. Казавшаяся нарушенною *естественная* связь причины и слѣдствія этимъ методомъ какъ будто вновь возстановлена.—Но правильно ли это? Начать съ того, что представительство въ гражданскомъ правѣ имѣетъ мѣсто не тамъ только, гдѣ у принципала можетъ быть и дѣйствительно есть на лицо воля, но и тамъ, гдѣ ея нѣтъ и быть не можетъ, какъ у малолѣтнихъ, умалишенныхъ, отсутствующихъ. Какъ же здѣсь установить *естественную* связь волеизъявленій принципала съ послѣдствіями для юридической сферы этихъ недѣеспособныхъ? Воли у нихъ нѣтъ, и это не мѣшаетъ ихъ представителямъ совершать за нихъ всякаго рода сдѣлки съ несомнѣннымъ эфектомъ для ихъ правоотношеній. Но и тамъ, гдѣ у принципала есть волеспособность, все же, несомнѣнно, сдѣлка его представителя есть именемъ принципала, по его полномочію, но *не имъ*, а именно его представителемъ совершонная.

Чтобы спасти эту *естественную* связь причины (воли) съ послѣдствіемъ (измѣненіемъ правоотношеній) пробовали дать дѣлу еще такой оборотъ. Въ сдѣлкѣ чрезъ представителя творцомъ сдѣлки почитается онъ самъ, она составляетъ продуктъ его воли. Но и дѣйствіе сдѣлки *первоначально* возникаетъ тоже только для него, и лишь *впослѣдствіи* это дѣйствіе нѣкоторымъ актомъ молчаливой цессіи, уступки, переходитъ на принципала (Пухта, Вангеровъ). Но это только воображаемый процессъ, котораго въ

*) Кромѣ монографій, указываемыхъ въ любомъ пандектномъ учебникѣ, полезно имѣть въ виду обозрѣнія спорныхъ ученій и оцѣнку ихъ у Mitteis Die Lehre von der Stellvertretung (1885 г.); коротко Pandekten, Windscheid, § 73 пр. 16 в.; Regelsberger'a, § 159 и особ. позднѣйшую работу Шлосмана.

дѣйствительности вовсе не знаетъ право, ибо дѣйствующія системы въ особенности требуютъ отъ представителя дѣеспособности только для совершенія сдѣлки (съ ограниченіями, Нѣм. улож., § 165), которой онъ является авторомъ, а правоспособность воспользоваться ея эфектомъ нужна именно со стороны принципала.

Какъ будто шагъ ближе къ дѣлу принадлежитъ конструкціи названнаго выше Mitteis'a, который *отчасти* справедливо, хотя опять *только для добровольнаго представительства* и далеко не для характерныхъ его случаевъ, полагаетъ, что здѣсь дѣйствуетъ не одна воля (представителя) взамѣнъ, вмѣсто, другой (воли принципала), а *объ воли вмѣстѣ*. Но когда воля принципала будетъ ясно чувствоваться въ составѣ сдѣлки? Въ тѣхъ именно случаяхъ, гдѣ принципалъ очень близко и детально руководитъ представителемъ, т.-е. въ случаяхъ наименѣе характерныхъ для разсматриваемаго института, гдѣ представитель начинаетъ походить на посыльнаго. Наоборотъ, въ случаяхъ общихъ полномочій, гдѣ явно все, въ предѣлахъ этихъ полномочій, рѣшаетъ *воля представителя*, а также въ случаяхъ представительства необходимаго, это ученіе оставляетъ задачу совсѣмъ нетронутой.

Итакъ, точка зрѣнія *естественной концентраціи* волеизъявленія и его эфекта въ одномъ лицѣ ни къ чему не приводитъ, не даетъ отвѣта на вопросъ, какъ возможно относить эфектъ или результатъ волеизъявленія одного лица къ сферѣ правоотношеній другого. Очевидно, надо искать иного пути для объясненія какъ будто ускользающаго отъ *естественной* закономѣрности явленія.

Эту особенность строенія представительства давно уже отмѣтила, хотя немногими чертами, прозорливая мысль Рудольфа Ihering'a, въ неисчерпаемомъ по богатству идей его сочиненія о Духѣ римскаго права на разныхъ ступеняхъ его развитія (см. Geist § 53). Ihering отмѣчаетъ, какъ *первичную* стадію въ исторіи сдѣлки, именно эту *естественную концентрацію причины и послѣдствія въ одномъ лицѣ*.

Старыя сдѣлки совершаются непремѣнно лично самими ихъ субъектами и при наличности *тутъ же* всѣхъ данныхъ, необходимыхъ для законченнаго юридическаго ихъ состава *). Успѣхъ

*) Процессъ разложенія этого строгаго стиля старой сдѣлки имѣетъ свои фазы, коихъ частью мы касались выше. Сдѣлки впослѣдствіи допускаютъ не только срочность и условность волеизъявленія, но и различные суррогаты представительства; въ правѣ римскомъ, напр., въ видѣ обязательства съ двумя вѣрителями или должниками (correi credendi u debendi, о чемъ см. Основная форма корреальнаго обязательства, 1874 г. Н. Л. Дювернуа, стр. 143). Въ новое время то же достигалось формулировкой обязательства на неопредѣленнаго вѣрителя (см. выше здѣсь же стрр. 791—793). Подробности обходимъ.

развитія сдѣлки въ дальнѣйшемъ заключается въ нѣкоторомъ расчлененіи этой ея первобытной цѣльности. Мы выше видѣли, что сдѣлки позднѣйшей формаціи допускаютъ *условное волеизъявленіе*, при чемъ явно составъ сдѣлки опредѣляется *послѣдовательнымъ* сочетаніемъ разновременныхъ данныхъ. Въ смыслѣ историческаго возраста и юридической техники сдѣлка, совершаемая черезъ представителя, имѣетъ несомнѣнное родство съ явленіемъ условной сдѣлки. Вотъ что говорилъ Ihering для характеристики этой конструкціи. „Настоящее, подлинное представительство покоится на *разъединеніи* (Trennung) *причины и дѣйствія* въ юридической сдѣлкѣ. Причина, т.-е. дѣяніе, приходится на долю представителя, а дѣйствіе, послѣдствіе этого дѣянія—на долю принципала. Оно (представительство) заключаетъ въ себѣ, стало быть, *искусственное раздвоеніе* (Spaltung) того, что въ *естественномъ* образованіи отношенія является единымъ *).

Въ дальнѣйшемъ, для правильнаго разумѣнія института намъ необходимо разобрать два вопроса: 1) что же это разрушенное естественное сочетаніе причины и послѣдствія въ строеніи сдѣлки черезъ представителя такъ и остается разрушеннымъ и ничѣмъ не возмѣщеннымъ, или на мѣсто этой связи наступаетъ нѣкоторая другая и какая именно? 2) что въ результатѣ даетъ намъ для юридической техники и для развитія цивильной свободы эта замѣна связи естественной новымъ сочетаніемъ сдѣлки представителя съ эфектомъ ея для принципала?

И такъ, первый вопросъ касается замѣны естественной концентраціи причины и послѣдствія сдѣлки въ одномъ лицѣ. Институтъ представительства настоящаго, подлиннаго, даетъ намъ не только разорванную естественную связь сдѣлки съ ея эфектомъ, но и замѣну этой естественной связи новою, искусственною. Что же служитъ для этой цѣли, какой *техническій* пріемъ цивилистики? Не знаемъ ли мы въ исторіи сдѣлки такой же смѣны простого, естественнаго сочетанія нѣкоторымъ инымъ? Вспомнимъ куплю-продажу. Первоначальная, естественная связь волеизъявленія съ дѣйствіемъ его въ этой сдѣлкѣ будетъ такая: *мнѣ* нужна вещь, я ее и покупаю. Потребность для меня въ этомъ пріобрѣтеніи опредѣляется подлиннымъ назначеніемъ данной вещи, этого платья, этого дома, поля, инвентаря. Ничего не можетъ быть безъискусственнѣе такой концентраціи всѣхъ моментовъ сдѣлки въ одномъ фокусѣ. Всѣ данныя тутъ же налицо... Но

*) Geist ч. III, изд. 65 г., стр. 166 и особенно пр. 225, гдѣ Ihering даетъ указаніе на вдохновившій его текстъ изъ Юлія Павла L. 11 D. de O. et A. (44. 7).

вѣдь обмѣнъ не можетъ остановиться на этомъ. Мнѣ вещь вовсе не нужна для пользованія ею согласно ея назначенію. Я ее, однако, купилъ, и затѣмъ ищу разрушить сдѣлку доказательствомъ на судѣ скрытаго въ ту пору мотива купли, который заключался въ желаніи раскрыть слѣды преступленія. Юриспруденція, не допускающая инвалидаціи сдѣлки по этому скрытому мотиву, дѣлаетъ этимъ, такъ сказать, первый шагъ *къ замѣнѣ естественнаго сочетанія момента воли съ его послѣдствіемъ. Если нѣтъ воли въ подлинномъ, естественномъ значеніи, то эту волю*, это истинное побужденіе, для *юридической* силы акта, *замѣняетъ* абстрактно, въ этихъ предѣлахъ, сдѣланное мною *волеизъявленіе* „я покупаю“; здѣсь выступаетъ то, что мы называемъ внутреннимъ формализмомъ воли, опредѣляющимъ *составъ сдѣлки пріобрѣтенія движимости* посредствомъ купли-продажи совершенно *независимо отъ того или другого конкретнаго побужденія или разсчета* въ данномъ случаѣ. Разрушенная *естественная* связь причины (я хочу имѣть платье, домъ, чтобы пользоваться имъ какъ своимъ) и слѣдствія (и съ этой цѣлью покупаю вещь) замѣняется связью юридической, формальной, которая своеобразно укрѣпляетъ силу сдѣлки, сообщая ей особый чеканъ, безспорную, непоколебимую извѣстность *чисто юридической* операціи (см. выше § 53).

Сдѣлаемъ шагъ дальше. Я покупалъ *для себя*. Но я могъ, покупая для себя съ виду, пріобрѣтать участокъ *фактически* какъ агентъ сосѣда, которому особенно желательно это присоединеніе (цивильная аннексія) сосѣдняго землевладѣнія. Этого, однако, не видно изъ состава сдѣлки и операція проходитъ, такъ сказать, мимо таможенной линіи. — Но вотъ, я прямо говорю, показываю въ составѣ акта, что я покупаю, но *не для себя*. Будетъ ли это порокомъ сдѣлки? Если это порокъ, то во всякомъ случаѣ ничтожный, который легко удалить, ибо указанная клаузула *(не для себя)* составляетъ для сдѣлки купли-продажи *ничего незначущія рѣчи*, выкинувъ которыя, мы вовсе не повреждаемъ *формальнаго состава волеизъявленія*. — Совершенно другое, если я не просто осложняю операцію ничего незначущими рѣчами, а произвожу *настоящій разрывъ* волеизъявленія и его эфекта, указывая не только, что я покупаю или совершаю иную сдѣлку не для себя, но *называю при этомъ малолѣтняго*, умалишеннаго, котораго я опекаю, моего *довѣрителя*, который и имѣетъ стать подлиннымъ дестинатаріемъ сдѣлки. Сила сдѣлки поставлена здѣсь въ зависимость не отъ наличныхъ тутъ же данныхъ, которыя образуютъ ея составъ. Связь причины (мое волеизъ-

явленіе, *я покупаю*) съ послѣдствіемъ (эфектъ сдѣлки, чтобъ собственникомъ сталъ оцѣнаемый, довѣритель) явно разорвана. Сдѣлка будетъ недѣйствительная, если покупать для другого, совершать сдѣлки per liberam personam недозволено, какъ недозволено за другого вступать въ бракъ, усыновлять или легитимировать. Но если такая операція за другого не есть недозволенная, тогда *разрывъ естественной связи* причины и слѣдствія въ указанномъ примѣрѣ *возмѣщается*, какъ видно было выше, *искусственной, юридической связью*, формальнымъ ихъ *сочетаніемъ*, *основу которому даетъ или полномочіе* (легальное или договорное), *или послѣдующее утвержденіе* (ratihabitio) сдѣлки совершенной на имя другого безъ полномочія.

Юридическая сила подобной сдѣлки черезъ представителя, гдѣ разорвана естественная связь причины и послѣдствія, условлена не волею принципала, коей орудіемъ служитъ представитель (Савинья), и не волею представителя, съ послѣдующимъ переносомъ эфекта ея на принципала (Пухта, Вангеровъ), а замѣной естественной связи причины и послѣдствія, искусственной, юридической каузальностью, которая хотя лежитъ внѣ сдѣлки, подобно условію, но также опредѣляетъ особенности ея сложенія, какъ и условіе.

Данная здѣсь конструкція одна даетъ понятію представительства самостоятельное значеніе въ системѣ цивильныхъ институтовъ. Это настоящая *теорія представительства* въ гражданскомъ правѣ, которую, лишь при помощи фикціи (къ сожалѣнію) *), поддерживалъ одинъ изъ виднѣйшихъ пандектистовъ, Виндшейдъ, и которой нынѣ держится Регельсбергеръ. Дѣйствіе сдѣлки даже самимъ принципаломъ совершенной держится не всегда *на естественной причинности* (Natural-causalismus). Нормѣ юридической (einem Spruch der Rechtsordnung) обязано своимъ бытіемъ все, что производитъ юридическій эфектъ (Pandecten, § 159 кон., стр. 586). И эта норма юридическая принимаетъ здѣсь, въ этой задачѣ восполнить разорванную связь причины и послѣдствія, особый образъ института представительства въ гражданскомъ правѣ, широкому развитію котораго наше время обязано самодѣятельности новой юриспруденціи, которая, исходя, быть можетъ, отъ отдѣльныхъ образцовъ представительства въ римскомъ правѣ, ушла въ своемъ развитіи далеко за его предѣлы.

Искусственность строенія представительства и несомнѣнное родство его съ условіемъ въ составѣ сдѣлки видно въ томъ, что

*) См. особ. § 73, стр. 208 по 6-му изд.

въ сдѣлкѣ чрезъ представителя (необходимаго и добровольнаго), если она совершается по полномочію, *эффектъ сдѣлки обезпечивается раньше наступленія событія, имѣющаго его вызвать*, т.-е. волеизъявленія представителя. При послѣдующемъ одобреніи сдѣлки, совершенной за другого безъ его полномочія, этотъ эффектъ переносится къ началу сдѣлки (ретротрагируется ad initium negotii). Въ обоихъ случаяхъ мы имѣемъ несомнѣнное раздвоеніе (Trennung, Spaltung) нормально связанныхъ моментовъ сдѣлки, подобно тому, какое видимъ при условной сдѣлкѣ. Это развитіе или впередъ даннаго полномочія или за сдѣлкой слѣдующаго одобренія новый нѣмецкій кодексъ дѣлаетъ не только для случаевъ содѣйствія одного взамѣнъ другого (Vertretung, представительство), но и для нѣкоторыхъ случаевъ содѣйствія въ сдѣлкѣ одного вмѣстѣ съ другимъ, различая Einwilligung для предшествующаго и Genehmigung для послѣдующаго содѣйствія этого послѣдняго рода (§§ 182—185).

Другой вопросъ, который мы думаемъ здѣсь же разсмотрѣть, заключается въ томъ, какого же результата мы достигаемъ, замѣняя естественную связь причины съ послѣдствіемъ этою искусственною связью сдѣлки представителя съ эффектомъ ея для принципала?

Результатъ для случаевъ необходимаго представительства ясенъ самъ собою. Правоспособное, но не дѣеспособное лицо, въ современныхъ условіяхъ *разложенія старинныхъ властныхъ, семейныхъ и родственныхъ союзовъ* и полнаго обособленія въ сферѣ гражданскихъ правоотношеній (см. выше § 23), было бы вполнѣ безпомощнымъ, *если бы мы не имѣли на лицо хорошо развитого института представительства.* — Но для случаевъ представительства добровольнаго не даетъ ли намъ этотъ институтъ того же *самоограниченія воли*, которое извѣстный кругъ писателей думалъ видѣть въ допущеніи сдѣлки условной (см. выше)? Принципалъ какъ будто дѣйствительно ставитъ себя въ большую зависимость отъ своего юридическаго агента, когда даетъ силу поставленному *независимо* отъ хозяина уполномоченному дѣйствовать его именемъ, заранѣе гарантируя передъ третьими безспорное воздѣйствіе его операцій на свою юридическую сферу. Мы указали выше (стр. 765) правильную оцѣнку значенія условія въ составѣ сдѣлки. Съ помощью условныхъ волеизъявленій мы подчиняемъ воздѣйствію нашей воли *будущее*, вмѣсто того чтобы себя подчинять ему. Это несомнѣнное расширеніе сферы воздѣйствія частной воли въ *предѣлахъ времени*. Та же внутренняя оцѣнка должна имѣть мѣсто и для вопроса о значеніи института

представительства въ области гражданскихъ правоотношеній. Если условіе расширяетъ сферу воздѣйствія частной воли въ предѣлахъ времени, то хорошо развитой институтъ представительства даетъ тотъ же результатъ расширенія сферы воздѣйствія частной воли *въ пространствѣ*.

Современная Германія поставила задачи развитія своего всесвѣтнаго вліянія въ этомъ смыслѣ въ самыя выгодныя условія 1) широкимъ развитіемъ въ своемъ новомъ кодексѣ разнообразныхъ формъ союзнаго правообладанія; 2) точной разработкой понятій и видовъ условной сдѣлки и 3), въ особенности, мастерскимъ, какъ въ этомъ кодексѣ общаго права, такъ и кодексѣ торговаго права (новая редакція 1897 г.), развитіемъ института свободнаго представительства въ гражданскомъ правѣ.

Мы остановились здѣсь на ученіи о представительствѣ, которое обыкновенно излагается въ связи съ общимъ правомъ (пандектами) по тому соображенію, что самъ институтъ не есть въ его современномъ видѣ латинскій, а вполнѣ современный, и особенно въ виду того, что характерная, по нашему мнѣнію, черта строенія юридической сдѣлки на основахъ внутренняго формализма воли, абстрактной, отрѣшенной отъ интереса автора сдѣлки формулировки волеизъявленія выступаетъ здѣсь особенно рельефно *).

D. РАЗДѢЛЪ ЧЕТВЕРТЫЙ.

НЕДѢЙСТВИТЕЛЬНОСТЬ ЮРИДИЧЕСКОЙ СДѢЛКИ.

§ 58.

Недѣйствительность юридической сдѣлки. — Терминологія. — Сдѣлки несостоявшіяся и условныя.

Выше мы установили понятіе юридической сдѣлки (стр. 683), въ составъ котораго, на ряду съ другими признаками (волеизъявленіе, предѣлы гражданской правоспособности лица), мы ввели и достиженіе этимъ актомъ воли *измѣненія* того *правоотношенія*, на которое волеизъявленіе направлено.

При наличности всего своего состава данная сдѣлка (усыно-

*) Новый обширный и блестящій трактатъ Шлосмана (два тома), посвященный этому ученію (Die Lehre v. d. Stellvertretung... (1900—1902 г.) заключаетъ въ себѣ, кромѣ обычнаго укора направленію современной юриспруденціи къ догматизму и указанія правильнаго пути изученія частностей извѣстнаго института, дѣйствительно цѣнныя труды талантливаго автора въ области деталей этого института, изъ коихъ многія какъ для римскаго, такъ и для современнаго права являются ярко освѣщенными въ новомъ трактатѣ.

вленіе, бракъ, завѣщаніе, купля-продажа, залогъ и т. д.) будетъ заключать въ себѣ не только актъ воли, производящій извѣстный юридическій эфектъ, но и самый эфектъ, имъ вызванный. Бракомъ будетъ установлено правоотношеніе супружеское, усыновленіемъ—родительское, куплей-продажей, залогомъ—имущественное, личное или вещное, опредѣленнаго содержанія. Также и въ отрицательномъ смыслѣ, разводомъ, эманципаціей, отказомъ принять товаръ при наличности извѣстныхъ пороковъ вещи, погашеніемъ долга.

Въ этихъ условіяхъ мы имѣемъ налицо сдѣлку (устанавляющую или прекращающую правоотношеніе) въ связи съ ея эфектомъ, *эфективное юридическое волеизъявленіе.*

Образованіе сдѣлки съ этой полнотой ея состава можетъ требовать не одного волеизъявленія, а или одновременнаго или послѣдовательнаго наступленія еще другихъ волеизъявленій или событій, которыми окончательно опредѣляется весь производимый этимъ комплексомъ данныхъ юридическій эфектъ. Существуютъ, какъ было показано выше, сдѣлки, юридическій эфектъ коихъ не связанъ съ „воспріятіемъ“ волеизъявленія субъекта сдѣлки кѣмъ-либо, и есть сдѣлки, включающія въ себя такое воспріятіе (empfangsbedürftige u. nichtempfangsbedürftige, выше, стр. 692), существуютъ сдѣлки, эфектъ волеизъявленія коихъ поставленъ въ зависимость отъ наступленія или ненаступленія событій извѣстной квалификаціи (выше, сдѣлки условныя).

Во множествѣ случаевъ эфектъ измѣненія гражданскихъ правоотношеній наступаетъ подъ вліяніемъ *нѣсколькихъ* послѣдовательно наступающихъ волеизъявленій, односторонніхъ или договорныхъ, изъ коихъ каждое отдѣльно взятое производитъ свой эфектъ, болѣе или менѣе интензивный, и только въ результатѣ всего послѣдовательнаго ряда такихъ отдѣльныхъ актовъ образуется то окончательное измѣненіе правоотношенія, для коего предшествующіе акты составляли лишь подготовительные шаги. Примѣровъ легко найти много изъ самыхъ различныхъ областей системы гражданскаго права. Таковы для брака—согласіе родителей, сговоръ, обрученіе, вѣнчаніе, запись въ метрическія книги, для пересвоенія недвижимости—купчая *совершаемая*, подъ опасеніемъ недѣйствительности, у нотаріуса (Полож. о нот. части, ст. 66, при 3-хъ свидѣтеляхъ, 85), *утверждаемая* старшимъ нотаріусомъ по мѣсту нахожденія имущества (тамъ же, ст. 158), чрезъ что актъ становится крѣпостнымъ, *оглашаемая* извѣстнымъ порядкомъ и *сопровождаемая* вводомъ во владѣніе (тамъ же, ст. 179, Уст. Гр. Суд. ст. 1424 и слѣд.). Рядъ подобныхъ послѣдовательныхъ операцій нуженъ для установленія и прекращенія залога недвижимости.

Каждая отдѣльная сдѣлка и каждая сдѣлка, образующая часть послѣдовательнаго ряда подготовительныхъ моментовъ цѣлой юридической операціи, имѣетъ свой составъ, свои реквизиты, условливающіе ея эффектъ, и свой эффектъ. Натурально, здѣсь, *въ составѣ общей части*, мы имѣемъ разсмотрѣть только общія ученія, общія основы, коими опредѣляется юридическая сила сдѣлки, или, отрицательную сторону того же явленія, *общія ученія безсилія, неспособности*, непригодности данныхъ реквизитовъ сдѣлки для ея эффекта, для образованія ея полнаго состава, т.-е. для измѣненія даннаго правоотношенія.

Выше мы разсмотрѣли положительную сторону общаго ученія о юридической сдѣлкѣ. Мы анализировали ея составъ въ этомъ смыслѣ. Уже въ ряду тѣхъ ученій намъ пришлось въ отдѣльныхъ явленіяхъ (принужденіе, ошибка, симуляція и прочее) отмѣчать *пороки волеизъявленія*, несоотвѣтствіе внѣшняго и внутренняго строенія сдѣлки, какъ отрицательную сторону ея состава.

Данный составъ волеизъявленія не достигаетъ цѣли, не производитъ того юридическаго эффекта, на который разсчитанъ и который ему свойствененъ. Взятая въ своихъ общихъ чертахъ и въ цѣломъ составѣ эта отрицательная сторона ученія о сдѣлкѣ также необходима и существенна для правильнаго пониманія природы юридической сдѣлки, какъ и ея положительная сторона.

Сведенное къ одному фокусу это будетъ ученіе *о недѣйствительности юридической сдѣлки*.

Выше мы установили понятіе волеизъявленія, какъ дѣловой, къ опредѣленной практической цѣли направленной юридической операціи. Это negotium, это юридическая сдѣлка, Rechtsgeschäft! Не составляетъ ли этотъ отрицательный признакъ, недѣйствительность, отсутствіе дѣлового исхода, юридическаго эффекта волеизъявленія прямого отрицанія понятія сдѣлки? Сдѣлка, которая ни къ чему не ведетъ, ungültiges, unwirksames Rechtsgeschäft, negotium nullum, nullius momenti, должна ли все же именоваться сдѣлкой, не составляетъ ли она въ этомъ своемъ составѣ безразличнаго для юридическаго обмѣна явленія, которое, какъ простой фактъ, не нужно и не слѣдуетъ отмѣчать особымъ юридическимъ терминомъ?

Логически такое игнорированіе въ ученіи о сдѣлкѣ явленія, не носящаго необходимыхъ для состава понятія признаковъ, было бы несомнѣнно правильнымъ. И тѣмъ не менѣе мы встрѣчаемъ *въ терминологіи* литературной и законодательной это отступленіе отъ строгаго требованія логики повсюду.

Нѣкоторые современные цивилисты (особенно Беккеръ) причисляютъ все ученіе о недѣйствительности юридической сдѣлки къ самымъ запутаннымъ (zu den verworrensten) во всей юриспруденціи и указываютъ какъ на одну изъ главныхъ причинъ этой путаницы ошибочность въ употребленіи терминовъ (Leonhard). Этотъ недостатокъ замѣчается не въ какихъ-либо неудавшихся опытахъ литературной обработки вопроса, но въ самыхъ серьезныхъ работахъ, наконецъ, и въ такомъ крупномъ, коллективномъ цивилистическомъ трудѣ, какой представляетъ собою новое нѣмецкое гражданское уложеніе.

Мы не остановимся на изученіи и оцѣнкѣ именно этого крупнѣйшаго явленія современной юриспруденціи во особенности; но тѣ сомнѣнія, которыя этотъ кодексъ вызвалъ въ литературѣ по занимающему насъ вопросу, нельзя оставить безъ вниманія и въ ученіи о недѣйствительности юридической сдѣлки вообще. Въ дальнѣйшемъ мы будемъ имѣть въ виду терминологію этого ученія въ германскомъ кодексѣ и особенно техническіе недочеты его въ нашемъ дѣйствующемъ законодательствѣ.

Если мы называемъ *сдѣлкой* и такое волеизъявленіе, *которое не производитъ юридическаго эфекта* свойственнаго понятію сдѣлки извѣстнаго типа, то этотъ терминъ, но *сопровождаемый необходимо извѣстной его квалификаціей*, несомнѣнно перестаетъ угрожать опасностью путаницы понятій. Мы называемъ *монетой* денежный знакъ, служащій орудіемъ имущественнаго обмѣна, не только тогда, когда въ немъ есть необходимые внутренніе признаки и способность служить указанной цѣли, но тоже названіе *монеты* мы удерживаемъ и для такихъ знаковъ, которые когда-то служили цѣлямъ обмѣна, а теперь вышли изъ обращенія, потеряли тотъ или другой признакъ *ходячей* монеты (вѣсъ, чеканъ), или же такіе денежные знаки, которые имѣютъ наружное сходство съ подлинной монетой и вовсе не имѣютъ ея свойствъ. Чтобы наименованіе такихъ знаковъ монетой не вело къ смѣшенію понятій, надо отмѣчать специфическій признакъ данной монеты, старинной, стертой, фальшивой, и опасность неточнаго наименованія предмета будетъ устранена. То же для сдѣлки. Я купилъ, но вещь, мнѣ проданная, оказывается внѣоборотной, нанялъ, но вовсе не то помѣщеніе, которое нужно для торговаго предпріятія, хотя всѣ признаки, улица, домъ, его нумеръ, число комнатъ въ проектированной и въ состоявшейся сдѣлкѣ вполнѣ сходятся. Это купля, но безъ результата подлинной купли, наемъ, но безъ свойственнаго ему эфекта; купилъ, но то, что не можетъ мнѣ принадлежать, нанялъ но ненужное мнѣ вовсе помѣщеніе.

Сдѣлка-актъ разошлась со *сдѣлкой-эффектомъ*, и если мы обозначимъ признакомъ *недѣйствительности именно сдѣлку-эффектъ*, то въ этомъ словоупотребленіи не будетъ ничего страшнаго, никакой опасности смѣшенія. Сдѣлка-актъ останется куплей, наймомъ, но безъ принадлежащаго ей эффекта, на который волеизъявленіе было расчитано, и въ то же время, какъ мы будемъ имѣть случай показать, эвентуально, съ эффектомъ, тоже юридическимъ, но не тѣмъ, который имѣли въ виду стороны *).

Это одинъ поводъ къ путаницѣ въ ученіи о недѣйствительности *сдѣлки*, когда двоякій смыслъ слова „сдѣлка“ не установленъ точно. Независимо отъ этого и сверхъ этого употребленіе термина *недѣйствительность*, *ничтожество* сдѣлки въ литературѣ, законодательствахъ и практикѣ также до такой степени *подвержено колебаніямъ*, что въ свою очередь способно еще усугубить путаницу этого ученія.

Сдѣлку квалифицируютъ какъ недѣйствительную или ничтожную не только въ тѣхъ случаяхъ, когда она есть сдѣлка-актъ, а не сдѣлка-эффектъ, но точно такъ же и въ тѣхъ, гдѣ волеизъявленіе въ юридическомъ смыслѣ не существуетъ не только какъ сдѣлка-эффектъ, но и какъ сдѣлка-актъ. Между тѣмъ различать эти стадіи развитія волеизъявленія необходимо не только потому, что юридическія послѣдствія такихъ явленій совершенно неодинаковы, но еще и потому, что методы противодѣйствія волеизъявленіямъ въ томъ и другомъ случаѣ вполнѣ различны.

И такъ, сдѣлку-актъ называютъ недѣйствительной не только тогда, когда мы имѣемъ налицо *законченный составъ* волеизъявленія, но и въ тѣхъ случаяхъ, когда передъ нами *одна только предшествующая*, незаконченная, незавершившаяся *стадія* ея развитія, на которой не только не можетъ быть рѣчи о сдѣлкѣ-эффектѣ, о дѣйствительности или недѣйствительности сдѣлки, но гдѣ сомнѣнію подвергается прямо существованіе самой сдѣлки акта, *наличность ея*.

Мы сейчасъ покажемъ, что такая неправильность постановки вопроса дѣйствительно существуетъ опять не въ литературѣ только, но и въ законодательной практикѣ.

Такимъ образомъ, для совершенія сдѣлки возмезднаго отчужденія недвижимаго имущества, крѣпостное установленіе, по требованію продавца, заготовляетъ актъ, коимъ продавецъ объявляетъ о продажѣ имъ своего имущества за опредѣленную, *взятую имъ цѣну*. Законченная внесеніемъ полагающихся по пересвоенію не-

*) Ср. Леонгардъ. Der Irrthum bei nichtigen Verträgen u. röm. Q. стр. 295.

движимыхъ имуществъ пошлинъ и выдачей изъ крѣпостного установленія *продавцу купчей крѣпости*, операція представляетъ собою лишь извѣстную предшествующую эфекту сдѣлки купли-продажи стадію, а отнюдь еще не весь составъ купли-продажи недвижимости. Законъ, предусматривая возможность неуплаты покупщикомъ цѣны или другую эвентуальность, не соединяетъ съ этимъ моментомъ никакого дѣйствія, коимъ совершается переходъ права собственности отъ продавца къ покупщику. За этимъ, въ опредѣленный терминъ, имѣетъ послѣдовать врученіе купчей крѣпости *покупщику*. Допуская, что такой передачи не произошло, ст. 1424 т. X ч. I (по изд. 900 г.) *) предоставляетъ продавцу „просить объ *уничтоженіи дѣйствительности* онаго (крѣпостного акта) то же должностное лицо, которое сей актъ совершило, и при томъ въ семидневный срокъ, считая оный отъ дня полученія акта отъ старшаго нотаріуса". По истеченіи этого срока крѣпостной актъ можетъ быть *уничтоженъ* только *по суду* (тамъ же in fine).

Что же это за явленіе? *Дѣйствительность* какого акта подлежитъ уничтоженію? Сдѣлки купли-продажи недвижимости? Должны мы уничтожить *сдѣлку-эфектъ* этого содержанія? Очевидно, нѣтъ, ибо совершеніе купчей крѣпости на этой стадіи ея развитія, ранѣе врученіе акта покупщику, до истеченія 7-ми дневнаго срока, *никакого цивильнаго эфекта*, никакой силы для перехода правъ отъ продавца къ покупщику собою не знаменуетъ. Если уничтоженію, признанію *недѣйствительности* подлежитъ что-либо въ этомъ положеніи дѣла, то не сдѣлка-эфектъ, а развѣ только *сдѣлка-актъ*. Это именно и выражаетъ ст. 825 т. X ч. I, опредѣляя, что старшій нотаріусъ, удостовѣрившись, что *актъ* не состоялся, пріобщаетъ его *къ недѣйствительнымъ*, отмѣчаетъ *о недѣйствительности онаго* въ крѣпостной книгѣ и въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣлъ и возвращаетъ крѣпостныя пошлины (по цѣнѣ имѣнія), удерживая въ пользу казны одну трехрублевую актовую пошлину.

Очевидно, понятіе недѣйствительности примѣнено здѣсь не въ томъ техническомъ смыслѣ, какой даетъ ему юриспруденція, относя его именно къ сдѣлкѣ, которая представляетъ собой законченное волеизъявленіе, направленное на измѣненіе правоотношенія, а къ такому акту, который безусловно правильнѣе назвать несостоявшимся не только въ смыслѣ сдѣлки эфекта, но даже въ

*) См. тамъ же по изд. 57 г. ст. 1420 и прилож. къ ней (примѣч. 2, по продолженію) и 1424; ср. тѣ же нумера статей въ позднѣйшихъ изд., при чемъ ст. 1424 по существу удержана въ силѣ.

смыслѣ сдѣлки-акта. Это не только не купля-продажа, но и не одностороннее волеизъявленіе, влекущее за собой какія-либо юридическія послѣдствія; это предварительная скриптурная операція, *канцелярская заготовка документа*, удостовѣряющаго поступленіе въ казну пошлинъ, и въ цивильномъ смыслѣ, до истеченія 7-мидневнаго срока, не влекущаго за собой никакихъ послѣдствій. Указанная выше ст. 825 въ началѣ такъ и называетъ *подобную продажу несостоявшейся;* но тутъ же, дальше, причисляетъ актъ къ *недѣйствительнымъ*, хотя понятіе недѣйствительности и у насъ нерѣдко имѣетъ совершенно правильное примѣненіе *къ сдѣлкамъ законченнымъ* и по тому или другому основанію не производящимъ измѣненій, на которыя онѣ направлены, неэффективнымъ.

То же, что въ ст. 825 находимъ для купчихъ крѣпостей, ст. 909 (изд. 57 г. и послѣд.) постановляетъ для несостоявшихся заемныхъ писемъ, которыя, очевидно за *несостоявшейся* заемной сдѣлкой не вручены кредитору. Это опять не недѣйствительный заемъ, а заемъ несостоявшійся.

Скриптурную операцію, документъ, раньше чѣмъ онъ успѣлъ, въ 7-ми дневный срокъ, послужить ступенью или орудіемъ образованія сдѣлки купли-продажи, признаетъ несостоявшимся то должностное лицо, которое заготовило этотъ документъ. Уничтоженіе акта *по истеченіи этого срока* можетъ быть произведено не иначе, какъ по суду.

Для обозначенія сдѣлокъ несостоявшихся, не имѣющихъ всего состава сдѣлки, а одну лишь ея видимость, не волеизъявленіе, а только документъ, внѣшность операціи, une apparence, западныя системы знаютъ особый терминъ. Такой терминъ опредѣлился во французской юриспруденціи, хотя онъ не есть легальный. Несостоявшійся актъ не есть недѣйствительный, ни въ смыслѣ ничтожества, ни въ смыслѣ опровержимости (nullité и annulabilité или rescission). Это acte *non avenu*, *inexistant* *). И такъ, бракъ-

*) Между французскими цивилистами большое различіе мнѣній по вопросу о достоинствѣ этого ученія и о кругѣ примѣненія понятія acte inexistant. Этого термина нѣтъ ни въ старой юриспруденціи, ни въ Code civ.; его происхожденіе новое. Нѣкоторые писатели связываютъ образованіе этого термина съ замѣчаніемъ, которое сдѣлалъ первый консулъ по вопросу о бракѣ. „Нельзя смѣшивать брака несуществующаго, съ бракомъ, который можетъ быть признанъ недѣйствительнымъ. Брака нѣтъ вовсе, когда *изъ актовъ видно*, что женщина отвѣчала *да*, тогда какъ она сказала *нѣтъ*; но совсѣмъ будетъ другое дѣло, если женщина отвѣтила дѣйствительно *да*, но этотъ отвѣтъ былъ у нея вынужденъ насиліемъ,—тогда бракъ есть, но онъ долженъ быть аннулированъ, признанъ недѣйствительнымъ. Традиціи этого различенія поддерживали-де во французск. юриспруденціи, подъ нѣмецкимъ будто вліяніемъ, особенно Zachariae, поддерживали особенно Laurent, Demolombe, Aubry et Rau (указан. мѣстъ у Planiol, Traité II n° 333 примѣч.; ср. то же у Baudry Lacantinerie, Précis I n° 496).

обрядъ, совершенный между лицами одного пола, или бракъ-обрядъ (solennité), на совершеніе коего не было *согласія* брачущагося, составляетъ mariage inexistant, non avenu, для уничтоженія коего не нужно признанія его недѣйствительности судомъ, ибо онъ и независимо отъ этого признается несуществующимъ. Этотъ же видъ безсилія сдѣлокъ имѣетъ мѣсто и для другихъ несостоявшихся, недовершенныхъ, въ смыслѣ наличности необходимаго для ихъ образованія состава, сдѣлокъ, какъ мы это уже указали выше на образцахъ купчей крѣпости и заемнаго письма, признаваемыхъ недѣйствительными, хотя ихъ было бы вѣрнѣе назвать *несостоявшимися*, незаконченными, *unfertige*, unvollkommene Rechtsgeschäfte, negotium inexistens, acte inexistant или non avenu.

Такая-же неточность терминологіи встрѣчается еще и въ другомъ примѣненіи, когда *недѣйствительнымъ* называютъ волеизъявленіе, котораго эфектъ поставленъ въ зависимость отъ будущаго неизвѣстнаго событія, чуждаго составу сдѣлки и наступленіе котораго не зависитъ отъ воли участниковъ сдѣлки. Это есть то,

---

Едва ли возможно согласиться съ мнѣніемъ, что различеніе ничтожества (nullité de plein droit) и inexistence, actes non existants, излишне. Подъ несуществующими не слѣдуетъ разумѣть такихъ сдѣлокъ, которыхъ никто не совершалъ; мы разумѣемъ здѣсь не *фактическое* несуществованіе сдѣлки, а лишь отсутствіе въ сдѣлкѣ существеннаго для ея образованія состава, что, однако, можетъ не мѣшать ей имѣть видимость, внѣшніе признаки настоящей сдѣлки. Ихъ нѣтъ надобности признавать ничтожными, ибо онѣ *въ юридическомъ смыслѣ* не существуютъ и безъ такого акта юрисдикціи. Въ массѣ случаевъ наступаетъ, однако, необходимость такъ или иначе устранить и *самую видимость сдѣлки*, которая способна вліять настолько же вредно, какъ обращеніе испорченной монеты въ странѣ. Виндшейдъ, желая образно провести границу юридической сдѣлки нормальнаго состава и ничтожной уподобляетъ послѣднюю безднханному тѣлу (Körper ohne Seele, Lehrb. I, стр. 361 примѣч. 2). Для сдѣлки изначала неимѣющей необходимаго состава нѣмецк. языкъ знаетъ выразительный терминъ—unfertiges Rechtsgeschäft, это скорѣе соотвѣтствуетъ понятію недоразвившагося плода. Козакъ думаетъ, что сдѣлка ничтожная имѣетъ аналогію съ понятіемъ покушенія. Леонгардъ правильно замѣчаетъ (Allgem. Theil, стр. 428), что сдѣлка ничтожная представляетъ *законченный составъ*, не влекущій почему-либо эфекта, на который сдѣлка разсчитана; ее посему вѣрнѣе сравнивать съ понятіемъ безнаказаннаго преступнаго дѣянія, какова напр., кража между супругами, если вообще сопоставленіе понятій уголовн. права съ цивильными можетъ быть полезно. На сравненіе съ покушеніемъ напрашивается скорѣе das nicht vollendete Rechtsgeschäft, при чемъ примѣръ, взятый выше, брака, заключеннаго съ переодѣтымъ въ дѣвичье платье юношей Леонгардъ сближаетъ съ покушеніемъ mit einem untauglichen Mittel (съ негодными средствами, о чемъ Леонгардъ писалъ въ видахъ улучшенія терминологіи Гражд. Улож. въ разн. журналахъ и теперь повторяетъ въ Allgem. Theil, стр. 424, 425, примѣч.).—Мѣропріятія, направленныя противъ сдѣлокъ незаконченныхъ, но имѣющихъ видимость сдѣлки, ея наружные признаки. une apparence, всего чаще будутъ носить не юридическій, а полицейскій характеръ, подобно изъятію изъ обращенія испорченной монеты.—Точное различеніе сдѣлки ничтожной въ техническомъ смыслѣ, о чемъ позже, negotiun nullum, и сдѣлки несуществующей, въ смыслѣ незаконченности, при наличности наружныхъ признаковъ существованія, negotium inexistens, несомнѣнно полезно для прецизированья терминологіи въ этомъ трудномъ ученіи.

что мы называемъ *условной сдѣлкой*, когда условіе есть резолютивное. Натурально, если такое условіе наступитъ, то сдѣлка потеряетъ свой эфектъ. Но правильно ли разсматривать такую условную, съ резолютивнымъ эфектомъ условія, сдѣлку, какъ недѣйствительную, въ виду того, что она утрачиваетъ, при наступленіи разрѣшающаго событія, свой эфектъ?—Отвѣтъ не возбуждаетъ сомнѣній. Такая условная сдѣлка въ самомъ дѣлѣ потеряла свой эфектъ, но это произошло въ силу содержащагося въ ея составѣ условія. Она потеряла эфектъ *подъ дѣйствіемъ именно этого условія*, стало быть, признать ее недѣйствительной было бы ошибочнымъ. Она вполнѣ дѣйствительна, и въ силу этого результатъ ея будетъ не положительный, а отрицательный, т.-е. *ненаступленіе* возможныхъ, при иномъ исходѣ событія, составляющаго условіе, *послѣдствій волеизъявленія*. Такой эфектъ сдѣлки справедливо можно назвать *самоуничтоженіемъ*, Selbstvernichtung, содержащагося въ ней волеизъявленія, стало быть актомъ *автономнымъ*, совершенно отличнымъ по самому существу отъ ничтожества сдѣлки, котораго вовсе не предусматривалъ и не хотѣлъ субъектъ сдѣлки и которое наступаетъ по требованію заинтересованнаго или въ силу закона опредѣленіемъ суда.

§ 59.

Виды недѣйствительности.—Латинская традиція и новыя системы.—Попытки свести все ученіе къ общимъ принципамъ.—I. Недѣйствительность абсолютная.—Ст. 88 Проекта.—Отношеніе стт. 88 и 64 Пр. къ 138 Нѣм. Гр. Улож.—Составъ преступнаго дѣянія въ ст. 64 Пр.—Поощрительная для ростовщичества формула.—Объективный критерій для опредѣленія признаковъ сдѣлки противной добрымъ нравамъ.—Общія характерныя юридическія черты ничтожества юридической сдѣлки абсолютнаго.—II. Недѣйствительность относительная.—Характерныя черты.—Методы инвалидаціи.

Для дальнѣйшаго ученія о недѣйствительности юридической сдѣлки мы будемъ брать, въ результатѣ сдѣланнаго нами анализа, только тотъ кругъ сдѣлокъ, который является законченнымъ по своему составу и коихъ стороны не осложнили заранѣе сами эвентуальной потерей ихъ юридическаго эфекта при наступленіи извѣстныхъ событій, хотя нѣтъ сомнѣній, что и условная сдѣлка можетъ оказаться недѣйствительной независимо отъ этого осложненія; но въ такомъ случаѣ къ сдѣлкѣ условной имѣютъ быть примѣнены общія основы инвалидаціи сдѣлокъ.

Въ этихъ границахъ мы имѣемъ въ Общей части разсмотрѣть

только общія, для любыхъ сдѣлокъ, не связанныхъ съ особенностями того или другого цивильнаго института, пригодныя основы ученія о недѣйствительности юридической сдѣлки. Это составляетъ то, что французскіе цивилисты называютъ *la théorie des nullités*. Такое общее ученіе о недѣйствительности юридической сдѣлки далеко не исчерпываетъ трудностей прикладныхъ къ тому или другому институту проблемъ того же ученія. Собственно только въ связи съ живыми образами конкретнаго института ученіе о ничтожествѣ сдѣлки само является живой чертой его строенія и даетъ законченность самому институту какъ цѣлому. Стоитъ вспомнить особенность строенія институтовъ права брачнаго и связанныхъ съ ними вопросовъ о гражданскомъ состояніи дѣтей, чтобъ представить себѣ неисчерпаемое богатство содержанія одного ученія о недѣйствительности брака. Съ своеобразной окраской тоже ученія о недѣйствительности, ничтожествѣ, инвалидаціи сдѣлки для участниковъ ея совершенія, для 3-хъ лицъ, для вещнаго эфекта сдѣлки, для личныхъ разсчетовъ между ближайшими ея субъектами, является въ составѣ институтовъ гипотечной системы. Всего этого богатства содержанія ученія о недѣйствительности сдѣлки въ особомъ его приложеніи къ этой области нельзя вырвать изъ цѣлаго состава института и изложить абстрактно въ одной общей Théorie de la nullité. Наконецъ, такова же область явленій инвалидаціи тестамента въ цѣломъ и въ отдѣльныхъ его частяхъ, съ безчисленными нюансами условій, послѣдствій, способовъ противодѣйствія окончательной инвалидаціи, полному разгрому актовъ послѣдней воли въ цѣломъ ихъ составѣ или въ частностяхъ.

Несомнѣнно правильнымъ въ смыслѣ научнаго метода было бы, исходя отъ обильныхъ частностей, искать основъ для построенія цѣльнаго общаго ученія *). Такіе опыты съ этимъ ученіемъ дѣлались въ литературѣ французской еще въ 18 в., дѣлаются и теперь; но одинъ неудачнѣе другого. Обыкновенно подавляющая масса деталей, вырванныхъ изъ живого состава разныхъ институтовъ, производитъ безжизненное впечатлѣніе и не даетъ въ результатѣ ничего внутренне-цѣльнаго для всего ученія. Одну изъ позднѣйшихъ попытокъ этого рода сдѣлалъ въ обширномъ двутомномъ трактатѣ Solon—La théorie sur la nullité des actes et

*) На этомъ методѣ особенно настаиваетъ талантливый Шлосманъ въ ученіи о представительствѣ, и онъ выполняетъ безспорно превосходно разработку частностей. Но это не исключаетъ необходимости и важности общихъ построеній.

des conventions de tout genre en matière civile (не разъ изд. послѣ 1835 г. *),

Общую основу для группировки различныхъ видовъ недѣйствительности сдѣлокъ берутъ изъ латинской традиціи и сводятъ все ихъ разнообразіе *къ двумъ главнымъ типамъ*, которые опредѣлились собственно въ позднѣйшую эпоху развитія римскаго права, въ эпоху дуализма строенія системъ институтовъ цивильнаго и преторскаго права. Первоначально, въ условіяхъ *квиритскаго формализма*, господства въ процессѣ и въ сдѣлкахъ legis actionum и къ нимъ приноровленныхъ verba legitima, эфектъ сдѣлки или былъ весь налицо, или его, по свойству формальныхъ реквизитовъ закономѣрной рѣчи, ipso jure вовсе не было и быть не могло. Разнообразіе методовъ и способовъ аннуляціи сдѣлки стало на очередь въ практикѣ лишь въ условіяхъ развитія *формулярнаго процесса* и новаго способа формулировать требованія и сдѣлки при помощи болѣе свободныхъ чѣмъ verba legitima формулъ, такъ называемыхъ *verba concepta*. Ничтожество сдѣлки, наступавшее силой легальной нормы, ipso jure, могло въ новыхъ условіяхъ преторской юрисдикціи, быть вызвано содѣйствіемъ претора, сначала путемъ экстраординарнымъ (cognitio extraordinaria) чрезъ in integrum restitutio, или со временемъ при помощи введенія въ формулу такихъ возраженій, exceptiones, отвѣтчика, которыя, не уничтожая въ основѣ цивильнаго иска, исключали лишь возможность кондемнаціи отвѣтчика.

Въ этихъ новыхъ условіяхъ юридическая сдѣлка и основанное на ней притязаніе могла утрачивать свой эфектъ, стать *недѣйствительной* не ipso jure только, но на ряду съ этимъ еще и *по иниціативѣ* заинтересованнаго, при содѣйствіи претора, ope exceptionis. Такимъ образомъ, на ряду съ двумя способами укрѣплять силу сдѣлокъ, опредѣлились въ классической системѣ и два способа ихъ инвалидировать, цивильный и преторскій.

Уже у нѣкоторыхъ французскихъ цивилистовъ XVIII вѣка достаточно ясно сознается общій смыслъ этой двойственности въ ученіи о недѣйствительности юридической сдѣлки. Если непосредственно латинская традиція не могла найти себѣ примѣненія въ условіяхъ иного историческаго процесса образованія нашихъ системъ, чѣмъ въ исторіи римскаго права, къ нашимъ ученіямъ о недѣйствительности сдѣлокъ, то все же и у насъ наблюдается та же *принципіальная двойственность основъ этого ученія*. Для латинскаго права эта двойственность давала вполнѣ живую исто-

*) По-русски на эту тему обширное сочин. г. Растеряева.

рическую основу въ составѣ цѣлаго ученія о недѣйствительности, составлявшаго абстракцію если не отъ детальнаго изученія отдѣльныхъ институтовъ, то во всякомъ случаѣ абстракцію отъ вполнѣ жизненнаго противоположенія двухъ исторически развившихся системъ. Въ современной практикѣ эта же двойственность опредѣлялась частью подъ прямымъ вліяніемъ латинскихъ преданій. Но и для нашихъ системъ она не представлялась чѣмъ-либо произвольнымъ, не соотвѣтствующимъ строенію нашихъ сдѣлокъ, нашихъ институтовъ гражданскаго права и нашихъ процессуальныхъ способовъ ограждать неприкосновенность цивильныхъ нормъ и интересовъ соучастниковъ совершенія юридическихъ сдѣлокъ. Какъ въ понятіи права гражданскаго вообще, такъ и въ строеніи отдѣльныхъ его институтовъ легко различать на ряду съ интересами индивидуализма и интересы соціальные, общіе, которые находятъ согласованіе или примиреніе въ юридическихъ нормахъ нашихъ цивильныхъ системъ *). При этой двойственности состава нормъ легко уяснить себѣ и опредѣлить общую основу и для той двойственности, которая обнаруживается въ этомъ ученіи и въ нашей цивилистикѣ, совсѣмъ не чуждой дуализма, связаннаго и у насъ прямо съ тѣми же необходимыми элементами, которыми опредѣляется, въ тѣхъ или иныхъ сочетаніяхъ, жизненная природа любаго гражданскаго института.

У d'Argentré легко различить ту идею, что не всѣ причины или основанія (causae) порождаютъ одинаковое дѣйствіе въ вопросѣ о ничтожествѣ сдѣлокъ. Существуютъ между ними такія, которыя поражаютъ сдѣлку сами по себѣ (ipsum actum per se afficiunt), *ex publicis causis*. Для нихъ не требуется особаго дѣйствія направленнаго на уничтоженіе (rescissio), ибо самое несоблюденіе закона, нормы, дѣлаетъ ихъ ничтожными. Но есть и другого рода ничтожества, которыя разсчитаны на причины и интересы приватные, quae privatas causas et interesse respiciant **).

Трудно не узнать въ этомъ противупоставленіи двухъ видовъ недѣйствительности аналогіи съ указаннымъ выше различіемъ ничтожества сдѣлки ipso jure и ope exceptionis, изъ коихъ одно наступаетъ дѣйствіемъ самой нормы, ipso jure, *автоматически*, какъ выразился образно французскій цивилистъ, другое требуетъ иниціативы со стороны заинтересованнаго ***).

---

*) См. выше.

**) См. Planiol Traité I-й 331, гдѣ читатель найдетъ рядъ интересныхъ литературныхъ данныхъ и указан. текстъ d'Argentré въ пр. 1 къ указ. номеру.

***) Французскіе историки раскрываютъ основу этого противуположенія не въ римскомъ только правѣ, но и въ droit coutumier, хотя нѣтъ сомнѣнія, что разработка этого источника не была свободна отъ вліянія латинской техники.

D'Argentré сводитъ это противуположеніе къ различію интересовъ и правъ публичныхъ и частныхъ; мы сейчасъ вернемся къ этому вопросу.

Какъ у французскихъ, такъ у нѣмецкихъ цивилистовъ въ основу группировки видовъ недѣйствительности сдѣлокъ полагаютъ и нынѣ *одно понятіе ничтожества* или недѣйствительности сдѣлки, Nichtigkeit или Unwirksamkeit, которому даютъ общій смыслъ результата противодѣйствія юридическому эфекту сдѣлки, съ расчлененіемъ его, однако, *по методу, которымъ такой эфектъ можетъ быть достигаемъ* на два вида ничтожества, которые вполнѣ соотвѣтствуютъ французскому дѣленію nullité на nullité *de plein droit* и nullité, вызываемой искомъ, *action en nullité* или en rescission, т.-е. собственно annulabilité.

Савиньи въ IV т. своей System (§§ 202, 203), поставилъ въ основу дѣленія видовъ недѣйствительности тоже вполнѣ жизненное противуположеніе понятій сдѣлки *ничтожной*, ein *nichtiges* Rechtsgeschäft, *Nichtigkeit*, и недѣйствительной въ силу предъявленнаго противъ нея спора или опроверженія, *Anfechtung*, откуда, по почину Савиньи, вполнѣ привившійся нынѣ терминъ *Anfechtbarkeit*, оспариваемость сдѣлки, ein anfechtbares Rechtsgeschäft, опровержимая сдѣлка. Чутье жизненности этого понятія и этихъ видовъ ничтожества сдѣлки для современнаго права, какъ и для латинскаго, воздержало Савиньи отъ детальной разработки ученія, оторваннаго отъ состава отдѣльныхъ живыхъ институтовъ въ общей части системы; и его общее ученіе о недѣйствительности юридической сдѣлки вышло изъ-подъ его пера хотя краткимъ, но выражающимъ характерныя и приложимыя къ любымъ сдѣлкамъ юридически существенныя различенія видовъ возможной ихъ недѣйствительности (Unwirksamkeit, Ungültigkeit).

Виндшейдъ держится собственно тѣхъ же началъ, сообщая цѣлому ученію нѣсколько болѣе схоластическое общее обоснованіе *).

---

*) Философски настроенная нѣмецкая мысль пыталась дать этому противуположенію постоянную основу, отрѣшаясь отъ явленій историческаго порядка. Тогда терминy ipso jure находили соотвѣтствующій въ Unwirksamkeit an sich, абсолютной, которой противополагалась недѣйствительность относительная (nullité relative у французовъ), условленная требованіемъ инвалидаціи сдѣлки со стороны заинтересованнаго. Въ этой идеѣ *ничтожества сдѣлки an sich* скрывается признаніе нѣкоторыхъ вѣчнонеизмѣнныхъ основъ права, отрѣшенныхъ отъ какой бы то ни было исторической системы. Не принимая, однако, гипотезы существованія такой неизмѣнно-разумной основы права, въ духѣ права естественнаго, господствующая доктрина не находила практическаго примѣненія для этой категоріи видовъ ничтожества сдѣлки an sich, и съ этимъ вмѣстѣ кредитъ конструкціи оказался подорваннымъ (Leonhard, Der Irrthum, стр. 503. Виндшейдъ-Киппъ I стр. 275 (§ 70), тамъ же, стр. 360—368 и примѣчан.).

Если въ основу различія методовъ инвалидаціи сдѣлки положено различіе интересовъ и правъ публичныхъ и частныхъ (см. выше), то нѣтъ сомнѣнія, что предуставить a priori постоянную разграничительную линію для любой системы права — дѣло невозможное. Это вопросы исторической жизни и положительныхъ системъ *). Къ интересамъ первой категоріи несомнѣнно имѣютъ быть отнесены не только интересы, касающіеся государства, но на ряду съ ними многое изъ области интересовъ соціальныхъ, исповѣдныхъ, чистоты нравовъ. Строеніе нормъ, направленныхъ къ огражденію этихъ интересовъ, есть обыкновенно императивное или прогибитивное. Онѣ ограждаются независимо отъ иниціативы частнаго лица, заинтересованнаго, ex officio, хотя нѣтъ ничего принципіально невозможнаго и для частной иниціативы. Нормы, ограждающія приватные интересы, имѣютъ въ массѣ случаевъ диспозитивный характеръ, присвоиваютъ заинтересованному иниціативу противодѣйствія эфекту сдѣлки, угрожающей его интересамъ, съ цѣлью ея инвалидаціи. Объ интенсивности этой инвалидаціи мы будемъ имѣть случай говорить впослѣдствіи.

Всему ученію суждено было очень оживиться въ послѣднее десятилѣтіе въ виду выработки проекта нѣмецкаго гражданскаго уложенія и затѣмъ критической разработки его для второго чтенія, получившаго законодательную санкцію въ 1896 г. Въ этомъ литературномъ и законодательномъ движеніи опредѣлилась настоятельная важность болѣе точной терминологіи, о чемъ мы говорили выше, и съ другой стороны, необходимость сообщить способамъ инвалидаціи сдѣлокъ, въ практическихъ цѣляхъ, *больше легкости и примѣнительности въ смыслѣ метода осуществленія*, чего именно ищетъ достигнуть новое германское уложеніе.

Это оживленіе ученія о недѣйствительности сдѣлки отразилось очень выгодно не только въ нѣмецкой, но и во французской литературѣ, гдѣ особенно проф. Saleilles съ большой тщательностью прослѣдилъ въ указанномъ выше сочиненіи (Déclaration) все движеніе вопроса и частью даже сопоставилъ результаты нѣмецкой и французской доктрины въ примѣненіи къ практикѣ.

Что касается отечественнаго законодательства и литературы, то техническая разработка *общаго ученія* о недѣйствительности сдѣлки гораздо скуднѣе частнаго приложенія разныхъ способовъ

*) Montesquieu Lettres persanes t. I lettre XII говоритъ „... l'intérêt des particuliers se trouve toujours dans l'intérêt commun“ и t. II lettre XCIV „on dirait qu'il y a deux justices différentes, l'une qui règle les affaires des particuliers, qui règne dans le droit civil, l'autre... qui tyrannise dans le droit public: comme si le droit public n'était pas lui même un droit civil“.

инвалидаціи къ отдѣльнымъ видамъ сдѣлокъ. Въ литературѣ мы имѣемъ журнальныя статьи, несомнѣнно практически цѣнныя, и краткія указанія на виды недѣйствительности сдѣлокъ то въ общей части учебниковъ и курсовъ, то въ связи съ общимъ ученіемъ, объ обязательствахъ изъ договоровъ *), все съ тѣмъ же противуположеніемъ сдѣлокъ недѣйствительныхъ ipso jure и только оспариваемыхъ, которое было указано выше.

Насъ не удивитъ, конечно, что эти основы классификаціи слабо согласованы съ дѣйствующимъ законодательствомъ, которое, въ свою очередь, не знаетъ постоянныхъ научныхъ традицій и представляетъ терминологію еще менѣе выдержанную, чѣмъ западные кодексы. Выше мы видѣли, что недѣйствительными называются сдѣлки несостоявшіяся, которыя по-латыни будутъ составлять negotium inexistens, inane, у нѣмцевъ unfertige Rechtsgeschäfte. Хотя мѣстами ясно различеніе смысла *ничтожества и недѣйствительности* сдѣлки, но въ общемъ тотъ и другой терминъ употребляются довольно безразлично. Итакъ, ст. 1529 т. X ч. I признаетъ въ рядѣ случаевъ (подлоги, лихоимство, вредъ государственной казнѣ, расторженіе брака, присвоеніе правъ состоянія) договоръ *недѣйствительнымъ* и обязательство *ничтожнымъ* въ видѣ общаго положенія для всѣхъ сдѣлокъ (договорнаго характера). Но, за симъ, для отдѣльныхъ договоровъ: заемъ почитается *ничтожнымъ*, если по судебному разсмотрѣнію найдено будетъ, что онъ безденежный, подложный во вредъ конкурса, произошелъ по игрѣ и сдѣланъ для игры съ вѣдома о томъ заимодавца (ст. 2014). Однако, ст. 2019 о томъ же займѣ по игрѣ говоритъ уже какъ о *недѣйствительномъ*, повторяя то же условіе вѣдома о томъ со стороны заимодавца. Завѣщаніе, не представленное къ явкѣ или утвержденію признается *недѣйствительнымъ* (ст. 1063) и *ничтожнымъ* (1066), при чемъ ничтожество завѣщанія въ этомъ случаѣ исцѣляется, если заинтересованный докажетъ наличность основаній экскульпирующихъ просрочку. Этихъ образцовъ достаточно, чтобы убѣдиться въ ненадежности нашей терминологіи **).

---

*) Вербловскій, Исаченко (см. Никоновъ, Гражданское право, указатель литературы, стр. 21), обширное, съ деталями, сочин. г. Растеряева Недѣйствительность юридическихъ сдѣлокъ по русскому праву 1901 г.

**) Мы не касаемся здѣсь пока разнообразія, весьма обильнаго, которое даетъ наше законодательство въ смыслѣ рессурсовъ противодѣйствія сдѣлкѣ, въ томъ или другомъ смыслѣ недѣйствительной, также и вопроса о силѣ и общемъ эфектѣ инвалидаціи сдѣлокъ. Очень многихъ сторонъ дѣла нельзя касаться иначе, какъ въ связи съ цѣльнымъ ученіемъ о томъ или другомъ видѣ сдѣлокъ. Достаточно представить себѣ, сколько своеобразнаго и въ смыслѣ способовъ инвалидаціи и въ смыслѣ послѣдствій ея для самихъ агентовъ сдѣлки и

Проектъ Гражданскаго Уложенія, книга I-я, положенія общія, публикованная въ 1903 году, восполняетъ почти полный недостатокъ общихъ положеній по этому предмету въ дѣйствующемъ законодательствѣ. Мы находимъ ихъ въ главѣ VI разд. III (пріобрѣтеніе и прекращеніе правъ), подъ общимъ титуломъ „законная сила сдѣлокъ“ (стт. 86—91) и въ гл. III того же раздѣла, въ связи съ общими положеніями о принужденіи, ошибкѣ, обманѣ. Всѣ эти трудные вопросы разработаны въ книгѣ первой въ такихъ блѣдныхъ очертаніяхъ, что ими весьма трудно замѣнить ту обстоятельную обработку этого общаго ученія, какую мы находимъ въ составѣ титула второго 3-го разд. кн. I Нѣмецкаго Гражданскаго Уложенія (ст. 116—144). Ни этой развитой терминологіи, ни этой гибкости руководящихъ нормъ, ни, нако-

---

для 3-хъ представляютъ собою напр., вопросъ о *недѣйствительности брака*, гдѣ на ряду съ прекращеніемъ союза супруговъ, идетъ необходимо дѣло о положеніи дѣтей рожденныхъ въ бракѣ недѣйствительномъ, хотя бы напр., путативномъ. Наше законодательство въ послѣднее время невольно привлекаетъ вниманіе къ этой сторонѣ дѣла, какъ по крайней отсталости нашихъ нормъ въ этой проблемѣ для насущнѣйшихъ интересовъ общества до самаго послѣдняго времени, такъ и въ виду неожиданнаго порыва впередъ въ новомъ законѣ 1902 г. объ улучшеніи положенія незаконнорожденныхъ (терминъ отмѣненъ) дѣтей (Собр. узак. этого года № 62 отд. I), которое во всемъ его составѣ, еще неисчерпанномъ въ указанномъ положеніи, слѣдуетъ отнести къ несомнѣннымъ заслугамъ Комиссію по составленію новаго Уложенія. Мы здѣсь останавливаемся дольше чѣмъ слѣдуетъ на этомъ законѣ, такъ какъ въ предшествующихъ выпускахъ Чтеній намъ не разъ приходилось касаться этой стороны дѣла въ отрицательномъ смыслѣ. Въ замѣнъ ст. 132 т. X ч. I, которая объявляла всѣхъ дѣтей, родившихся въ бракѣ признанномъ по суду недѣйствительнымъ, *незаконными*, допуская лишь по отношенію къ записаннымъ въ метрики, всякій разъ отдѣльно повергать судьбу такихъ дѣтей на Милостивое воззрѣніе Императорскаго Величества (133). Подъ вліяніемъ германскихъ ученій, не вполнѣ выразившемся въ виду исповѣднаго характера нашего брака, удержаннаго и въ проектѣ, весь рядъ этихъ статей т. X ч. I, переработанъ существенно. Ходатайство суда на Высочайшее Имя устранено статьей 131^{1-6}, 132 и 132^{1-15} нов. редакц., по коей дѣти, отъ брака признаннаго недѣйствительнымъ, сохраняютъ права дѣтей законныхъ. Нѣм. Улож. 96 г., по коему бракъ есть установленіе гражданское, идетъ много далѣе, гдѣ и самый бракъ, совершенный вопреки формальнымъ реквизитамъ для выраженія матримоніальнаго согласія сторонъ и въ силу этого *ничтожный* (ст. 1317), если онъ, однако, занесенъ въ акты гражданскаго состоянія, и супруги, до смерти одного изъ нихъ или въ теченіе 3-хъ лѣтъ, находились въ брачномъ сожитіи, почитается *дѣйствительнымъ* (1324: ср. нашъ проектъ стт. 216 и слѣд., гдѣ иски о признаніи *недѣйствительнымъ* брака повсюду введены въ возможно тѣсныя границы времени и круга лицъ, способныхъ требовать кассацію). Въ виду этого примѣра легко сдѣлать себѣ совершенно очевиднымъ, какое рѣшающее значеніе *для всего строенія института* имѣетъ примѣняемый къ сдѣлкѣ методъ повѣрки ея дѣйствительности и послѣдствій пороковъ въ составѣ сдѣлки (corpus negotii, Thatbestand des Rechtsgeschäfts). Весь институтъ брака, вся конституція семьи, подъ вліяніемъ этой только отрицательной стороны его строенія, будетъ утрачивать свой формальный характеръ, станетъ ближе, жизненнѣе, интимнѣе для членовъ этого союза и дороже для общества. Нѣмцы ушли много дальше нашего въ признаніи силы формально-ничтожнаго брачнаго союза (ср. стт. 1325, 1326). Итакъ multa fieri prohibentur quae, si facta fuerint, obtinent firmitatem.

нецъ, сокращенія и упрощенія пути къ инвалидаціи сдѣлки, на которое мы укажемъ позже, нашъ проектъ не воспроизвелъ въ бѣдномъ количественно и скудномъ по содержанію циклѣ сейчасъ указанныхъ его статей. Однако и въ этомъ бѣдномъ составѣ легко различить тѣ два вида недѣйствительности сдѣлки, которые опредѣлились въ западной практикѣ ученія. Недѣйствительность и здѣсь связана или съ противузаконностью сдѣлки, когда достиженіе цѣли сдѣлки воспрещено легальной нормой, или когда сдѣлка противна добрымъ нравамъ и общественному порядку (ст. 88). Очевидно въ этихъ условіяхъ нѣтъ необходимости противодѣйствовать эфекту сдѣлки исковыми средствами. Это соотвѣтствуетъ понятію ничтожества сдѣлки, наступающаго ipso jure. Другой видъ недѣйствительности имѣетъ мѣсто тогда, когда сила сдѣлки можетъ быть именно оспорена заинтересованными въ ея инвалидаціи лицами, коимъ это право и присвоивается (91). Это будетъ недѣйствительность, соотвѣтствующая по своему строенію противодѣйствію силѣ гивильной сдѣлки преторскими способами, спорность, опровержимость сдѣлки, недѣйствительность относительная въ смыслѣ лицъ, существующая лишь эвентуально ope exceptionis *).

Хотя это весьма скудныя основы для ученія о недѣйствительности сдѣлки, но все же онѣ много удобнѣе какъ исходные моменты для уясненія общаго юридическаго строенія обоихъ главныхъ видовъ недѣйствительности, чѣмъ совершенная неразработанность законодательства и опасное колебаніе терминологіи, которое наблюдается въ настоящее время.

Въ дальнѣйшемъ мы и попытаемъ дать общему ученію ничтожества сдѣлки и ея послѣдствіяхъ то развитіе, какое оно получило въ виду этой двойственности способовъ инвалидаціи сдѣлки въ западныхъ системахъ.

I. Мы начнемъ съ ученія о недѣйствительности сдѣлки ipso jure, абсолютной.

Проектъ Гражданскаго Уложенія даетъ въ ст. 88 Общ. По-

*) Трудно взять на себя разъясненіе причинъ этой скудости. Выше было замѣчено тоже по отношенію ко всей 1-й книгѣ, ко всему содержанію положеній общихъ. Въ разсматриваемомъ ученіи скудость могла имѣть еще особое основаніе въ разсчетахъ Комиссіи, неоправдавшимся позже, провести впередъ въ законодательномъ порядкѣ обязательства и ввести туда нѣкоторыя общія положенія о недѣйствительности главнѣйшаго вида сдѣлокъ, договорныхъ именно. Теперь эта скудость тѣмъ менѣе оправдывается, что Проектъ заключаетъ въ себѣ не одно общее гражданское, но и торговое право. Для институтовъ такимъ образомъ связанныхъ въ одну систему, въ интересахъ ограниченія количества частныхъ положеній о недѣйствительности, связанныхъ съ тѣмъ или другимъ отдѣльнымъ институтомъ, слѣдовало дать больше содержанія общимъ положеніямъ.

лож. такую тезу: недѣйствительны сдѣлки, противныя закону, добрымъ нравамъ и общественному порядку. Сдѣлка признается противозаконной, когда клонится къ достиженію воспрещенной закономъ цѣли.

Мы выше сказали, что эпоха строгой подзаконности всего состава сдѣлки есть обыкновенно ранняя въ исторіи права (verba legitima, legis actiones). Въ отношеніи къ нѣкоторымъ видамъ сдѣлокъ, actus legitimi, этотъ строгій характеръ ихъ подзаконности, удерживается и въ позднѣйшія эпохи. Читая первый абзацъ ст. 88 мы невольно возвращаемся къ этой порѣ строгой подзаконности сдѣлокъ. Выраженное *въ общей руководящей нормѣ* это положеніе не соотвѣтствуетъ теперешнему строенію сдѣлокъ. Въ исторіи французской кодификаціи извѣстна попытка Порталиса дать извѣстной латинской пороміи „qui contra legem agit nihil agit" общее примѣненіе, соотвѣтствующее ст. 88 абз. 1-й въ titre préliminaire.. Но тамъ этому положенію думали дать общее примѣненіе только къ нормамъ *законозапретительнымъ* *). Оно было отвергнуто какъ излишнее и даже въ этихъ предѣлахъ допускающее изъятія. Рядомъ съ запретительными нормами законъ знаетъ нормы повелительныя (императивныя), коихъ несоблюденіе, хотя бы составляло актъ несомнѣнно противузаконный, отнюдь не влечетъ за собой необходимо ничтожество сдѣлки и въ массѣ случаевъ ограничивается тѣми или другими неудобными для лицъ, дѣйствовавшихъ вопреки легальной нормы, послѣдствіями, кромѣ ея инвалидаціи. Нужно ли приводить массы примѣровъ, въ коихъ невыполненіе легальной нормы ведетъ за собой штрафы (напр. ст. 1684 т. X ч. I), эвентуальныя невыгоды иного рода (напр. ст. 6 тамъ же), обязательство вознаградить вредъ и убытки (ст. 569, 570) и проч.? Французскій кодексъ не содержитъ въ себѣ общей нормы, подобной ст. 88-й проекта. *Мы полагали бы устранить указанную общую тезу ст. 88-й вовсе изъ состава проекта.* Тѣ или другія послѣдствія нарушенія легальной императивной или прогибитивной нормы (кромѣ уголовной) могутъ явствовать изъ существа сдѣлки, быть связаны съ специфическими признаками (какъ, напр., въ ст. 1529 т. X ч. I, а также сдѣлки противныя добрымъ нравамъ и общественному порядку по ст. 88-й

*) Les lois prohibitives emportent peine de nullité, quoique cette peine n'y soit pas formellement exprimée (см. Planiol I n. 337). То же говоритъ ст. 134 Нѣм. Улож.: ничтожна юридическая сдѣлка, которая идетъ противъ *запрещенія* со стороны закона (gegen ein gesetzliches Verbot), но и это съ оговоркой *если изъ закона не видно иного послѣдствія.* Какъ это далеко отъ грубой формулы ст. 88 пр.!

Проекта) или, наконецъ, всякій разъ именно указываемъ въ связи съ данной нормой (напр. ст. 1023 т. X ч. I).

Вопросъ о недѣйствительности сдѣлокъ, *противныхъ добрымъ нравамъ, общественному порядку* (ст. 88 Пр.), а также *клонящихся къ эксплуатаціи* (извлеченію для себя выгодъ) *крайности, легкомыслія, неопытности* другого въ пользу свою или третьяго лица (ср. ст. 64 Проекта *), принадлежитъ въ западныхъ литературахъ (особенно французской и нѣмецкой) къ числу трудныхъ сложныхъ проблемъ современной юриспруденціи.

Уже тѣ признаки сдѣлки, которые болѣе или менѣе общи для нашихъ статей 64 и 88 и приведенной статьи 138 Герм. Уложенія (противны добрымъ нравамъ, общественному порядку, ведутъ къ эксплуатаціи нужды, несчастья, слабости воли), возбуждаютъ нѣкоторыя сомнѣнія на счетъ компентенціи суда гражданскаго по этимъ матеріямъ. Задача критики и толкованія этихъ положеній направляется въ литературѣ нѣмецкой и французской къ тому, чтобъ разграничить вопросъ о недѣйствительности сдѣлки съ указанными признаками, насколько это возможно, *отъ изслѣдованія злой воли, преступныхъ побужденій*, которыми руководился субъектъ сдѣлки. Если и тамъ это не всегда легко и требуетъ яснаго сознанія предѣловъ, далѣе которыхъ не можетъ идти *судъ гражданскій*, то при осложненіи переработанной съ нѣмецкаго подлинника ст. 64-й Пр. признаками *злоупотребленія*, со стороны вовлекшаго въ сдѣлку, *принадлежащей ему властью или оказываемымъ ему довѣріемъ*, мы уже совершенно входимъ въ область вмѣнимыхъ виновнику закономъ *преступныхъ дѣяній*. Не мудрено поэтому, что наши редакторы не нашли для *своей*

*) Эта статья (64) Проекта вмѣстѣ съ 88-й представляютъ собою *разорванную на двое ст. 138* Герм. Гр. Уложенія, при этомъ въ той части нѣмецкой 138-й статьи, которая соотвѣтствуетъ 64-й нашего Проекта, переданную по-русски очень неудовлетворительно. Мы здѣсь не передаемъ дословно ст. 64-й Пр. Ее формулируютъ наши редакторы въ заключеніе такъ, что при наличности указанныхъ въ ней условій, сдѣлка будетъ недѣйствительной, если эксплуататоръ чужой слабости заключитъ съ эксплуатируемымъ чрезмѣрно невыгодную для него сдѣлку. Чтобы мотивировать такое заимствованіе очень важнаго положенія изъ чужого кодекса, да сверхъ того чтобъ это чужое положеніе, очень солидно въ его источникѣ разработанное и мотивированное, перекачать, разорвавъ на части и помѣстивъ въ разные титулы, ни для нашей, ни для лучше насъ въ трудностяхъ цивилистики искушенной практики, не могутъ быть признаны удовлетворительными тѣ *истинно-жалкія по скудости*. „Объясненія“, которыми редакторы сопровождаютъ въ общихъ положеніяхъ и въ обязательствахъ свои издѣлія (кн. V Проекта, ст. 31), ссылаясь при семъ весьма развязно на Equity jurisprudence, дѣйствующую въ колоніяхъ Англіи и въ Штатахъ Сѣверной Америки (Общ. Пол. кн. 1-я, стр. 196), какъ-будто такіе рессурсы познанія также доступны нашему судебному сословію какъ и редакторамъ Проекта, допуская, что гг. редакторы сами хорошо разумѣютъ практику англо-американской Equity jurisprudence.

формулы ссылокъ подъ статью 64-ую ни въ одномъ европейскомъ кодексѣ *гражданскаго права*, указавъ ст. 138 Нѣм. Улож., *въ которой подчеркнутыхъ осложненій вовсе не имѣется*, и вынуждены были для этой будущей *) нашей практики искать образцовъ для рецепціи *въ уголовныхъ кодексахъ*, чтобы внести признаки преступныхъ дѣяній въ кодексъ гражданскаго права.

Если сдѣлки противныя добрымъ нравамъ и общественному порядку, и на ряду съ ними, по существу вовсе имъ не противоположныя, а лишь конкретно воплощающія тѣ же черты противуобщественности, сдѣлки ростовщическія, направленныя на эксплуатацію нужды, несчастья **), слабости воли, будутъ подлежать, по данному законодательству, уголовному преслѣдованію, то, нормально, на ряду съ карательными послѣдствіями, онѣ будутъ признаваемы и ничтожными. Но и совершенно независимо отъ наличности данныхъ, которыя предполагаютъ примѣненіе закона уголовнаго ***), сдѣлка, если это потребуется, подлежитъ инвалидаціи *какъ ничтожная*. Это ничтожество будетъ и въ этомъ послѣднемъ случаѣ d'ordre public, въ томъ смыслѣ, что оно вовсе не требуетъ необходимо иска со стороны заинтересованнаго и отнюдь не будетъ исцѣлена, если заинтересованный такую сдѣлки одобритъ впослѣдствіи или пропуститъ давностный срокъ для ея оспариванья.

Германская ст. 138 эту идею ничтожества, Nichtigkeit, nullité, а не опровержимости только, не Anfechtbarkeit, и выражаетъ именно, *объявляя всѣ сдѣлки*, противныя добрымъ нравамъ, общественному порядку, предоставляющія непомѣрныя выгоды за вовсе несоотвѣтствующія имъ услуги, выговоренныя въ свою пользу или въ пользу третьяго эксплуататоромъ крайности, легкомыслія или неопытности обязавшагося, *ничтожными*.

---

*) Надѣемся, что этой *ошибки редакторовъ*, очень серьезной, не оставятъ, въ свое время, безъ должнаго вниманія, натурально при условіи, что не тѣ же лица будутъ рѣшать окончательно вопросъ о наличности ошибки, которыя въ ней изобличаются.

**) едва-ли это восполненіе состава статьи 138-й можно назвать удачнымъ и гармонирующимъ съ другими, съ крайностью, легкомысліемъ, неопытностью, на коихъ лежитъ общая окраска *субъективнаго* момента, опредѣляющаго данное состояніе эксплуатируемаго, и не возбуждающаго вопроса о причинѣ бѣдственнаго положенія лица, который виденъ въ признакѣ *несчастья*, введенномъ въ нашъ проектъ. Это осложняетъ дѣло.

***) Извѣстный ростовщикъ NN мирно почилъ на 90-мъ году отъ рожденія, родственники заранѣе съ признательностью отклоняютъ возложеніе вѣнковъ на его гробъ, благодаря при семъ всѣхъ, показавшихъ имъ свое участіе къ ихъ невознаградимой утратѣ. При дѣйствіи ст. 138 Нѣм. Ул. такія объявленія станутъ рѣже, особенно если ростовщикъ не будетъ ждать инвалидаціи сдѣлки со стороны, а самъ ее инвалидируетъ, въ чемъ ему, какъ думаетъ Дернбургъ (D. bürgerl. R. т. I, изд. 902 г., стр. 382, пр. 14), при извѣстныхъ условіяхъ, нельзя отказать.

Когда мы беремъ статью 138 Нѣмецк. Улож. во всемъ ея составѣ, она даетъ законченное впечатлѣніе дѣйствительнаго огражденія соціальныхъ интересовъ противъ покушеній своекорыстія и алчности людей, для коихъ институты гражданскаго права служатъ лишь маской для прикрытія вожделѣній совершенно антисоціальнаго характера. Надо знать, какой борьбы, какого труда стоила надлежащая формулировка и проведеніе этого положенія въ составъ кодекса, чтобъ отнестись къ этому дѣлу съ должнымъ уваженіемъ и не позволять себѣ, по усмотрѣнію, уродовать ея содержаніе и искажать весь его смыслъ произвольными манипуляціями.

Мы указали выше на смѣшеніе въ ст. 64 Общ. Полож. признаковъ состава преступленія и сдѣлки, на произвольное внесеніе одной изъ возможныхъ *причинъ* *) нужды на ряду съ самой нуждой въ составъ условій инвалидаціи сдѣлки. Но главнѣйшій и наиболѣе серьезный упрекъ вовсе не въ этомъ. Содержаніе статьи 138 **) разбито на двое и обѣ части этого цѣлаго попали подъ разные титулы. Если статья 88-я Общ. Пол. даетъ основаніе признать ничтожество сдѣлки, противной добрымъ нравамъ и общественному порядку, ничтожествомъ d'ordre public, то всѣ операціи ростовщиковъ, имъ же нѣсть числа, по силѣ ст. 64 подходятъ подъ типъ сдѣлокъ, вовсе не отвергаемымъ правомъ, какъ ничтожныя, а лишь допускающимъ опроверженіе со стороны потерпѣвшаго, подобно опроверженію силы сдѣлки вынужденной или основанной на ошибкѣ. Весь указанный составъ признаковъ ростовщическихъ сдѣлокъ приравнивается въ Проектѣ къ волеизъявленію ошибочному, вызванному обманомъ (ст. 63), когда признаніе недѣйствительности сдѣлки происходитъ *по требованію потерпѣвшаго* (тамъ же). Статья 64 занесена подъ рубрику „принужденіе, ошибка и обманъ“.

Если бы нѣмецкіе кодификаторы вмѣсто ничтожества d'ordre public, наступающаго ipso jure ***), приняли смягченную форму

---

*) ст. 64 ставитъ признакъ *несчастія* рядомъ съ нуждой, слабостью воли. Несомнѣнно большое *несчастье* для игрока въ клубѣ или для профессіонала на биржѣ прогорѣть на одной ставкѣ въ конецъ и *перехватить* тутъ же, чтобъ отыграться, на тяжелыхъ, конечно, условіяхъ, но едва ли сюда слѣдуетъ примѣнять nullité d'ordre public, а не просто ст. 2019 т. X, ч. I.

**) которая, конечно, не обязательна для кодификаторовъ, какъ ни для кого не обязательны и ихъ мнѣнія, но составъ которой могъ быть или реципированъ или, разъ они ее ввели въ число источниковъ, или *по достаточнымъ основаніямъ* устраненъ; на дѣлѣ нѣтъ ни того, ни другого, и ст. 138 только изуродована, для чего никакихъ основаній не можетъ быть достаточно.

***) Сдѣлка съ признаками ростовщической не можетъ быть совершена съ содѣйствіемъ нотаріуса, судъ откажетъ по такой сдѣлкѣ примѣнить мѣры взысканія, хотя потерпѣвшій вовсе объ этомъ не просилъ; такая сдѣлка лишена

недѣйствительности, какую даетъ подобнымъ сдѣлкамъ ст. 64 Проекта Общ. Положеній, нѣмецкіе ростовщики безъ всякаго сомнѣнія воздвигли бы во славу ихъ торжественный памятникъ. Если возможно разъ опутать человѣка, попавшаго въ бѣду по легкомыслію, неопытности, то что же хитраго отвести ему глаза и еще разъ обѣщаніемъ ничтожныхъ выгодъ, цѣной которыхъ онъ откажется отъ иска, признаетъ силу сдѣлки и никогда не выйдетъ изъ разставленныхъ ему его благодѣтелями сѣтей *)?

И такъ все содержаніе статей 64 и 88 опять должно быть введено въ ту органическую цѣлость, какую оно имѣетъ въ составѣ art. 138 Герм. Гр. Уложенія; или указанныя въ нихъ положенія теряютъ всю свою цѣну.

Но эта статья, объявляющая ничтожными сдѣлки, противныя добрымъ нравамъ или выговаривающія несуразныя барыши эксплуататору за сравнительно мелкія услуги, въ разсчетѣ на крайность, легкомысліе, неопытность жертвы хищника, сама по себѣ служитъ источникомъ ряда затрудненій и недоразумѣній практики.

Впереди всего идетъ вопросъ о предѣлахъ противодѣйствія неправильной наживѣ въ указанныхъ условіяхъ. Слѣдуетъ ли ограничить примѣненіе ст. 138 однимъ денежнымъ ростовщичествомъ? На это нѣмецкая цивилистическая литература и практика отвѣчаетъ расширеніемъ дѣйствія указанной нормы не только на *денежное* ростовщичество, но и на такъ назыв. Sachwucher, вещныя сдѣлки, дающія при тѣхъ же условіяхъ тотъ же результатъ несуразной наживы непомѣрнымъ угнетеніемъ и такимъ же подъемомъ дѣйствительной цѣны операціи купли-продажи вещей. Такими же ростовщическими будутъ, по этому воззрѣнію, чрезмѣрный гонораръ врачу, адвокату, посреднику не только по имущественнымъ операціямъ, но и вообще по дѣламъ матримоніальнымъ.

Но не одними этими пороками сдѣлки опредѣляется, согласно

всякаго юридическаго эфекта, даже если бы эксплуатируемый хотѣлъ дать ей силу.

*) Если ничтожество ростовщической сдѣлки признать d'ordre privé, какъ это дѣлаетъ Проектъ, то необходимо оговорить, что нельзя *заранѣе* отказываться отъ права оспаривать ростовщическую сдѣлку, ибо иначе эта клаузула будетъ нормально входить въ операціи ростовщиковъ. Такую оговорку находимъ въ ст. 683 т. X, ч. I, п. 3, которая объявляетъ недѣйствительными частныя соглашенія пассажировъ съ желѣзнодорожн. и пароходными управленіями о неотвѣтственности ихъ за вредъ и убытки потерпѣвшихъ.—Какъ трактуютъ нѣм. цивилисты, положенія ст. 138 противъ ростовщическихъ сдѣлокъ см. Cosack Lehrb. I § 90 (въ изд. 98 г. стр. 312 e, absolut nichtig), Crome System I § 85 (стр. 376 es handelt sich um ein in öffentl. Jnteresse aufgestelltes Verbot. Die Folge der Zuwiderhandlung ist Nichtigkeit; Endemann Lehrb. 8-ое изд. стр. 600, 689; Dernburg D. bürg. R. I пер. и втор. изд. стр. 380—383, см. особ. пр. 14 на стр. 382; Saleilles Déclaration къ art. 138 BÇB со стр. 269 § 3 и слѣд.

art. 138 и нашимъ стт. 64 и 88, ничтожество сдѣлки. Здѣсь условіе порочности ея лежитъ въ нѣкоторомъ *субъективномъ моментѣ* ея состава, въ крайности, легкомыслія, неумѣлости субъекта.

На ряду съ этимъ нѣмецкое, французское и отечественное дѣйствующее и проектированное право ставитъ, въ томъ или иномъ сочетаніи, *объективные моменты*, при наличности коихъ сдѣлка станетъ также недѣйствительной и тоже не въ смыслѣ ея спорности, а въ смыслѣ ничтожества ipso jure. Это главнымъ образомъ, тогда, когда она противна добрымъ нравамъ (gegen die guten Sitten, contra bonos mores, contraire aux bonnes moeurs, *) или общественному порядку, ou à l'ordre public **).

Вотъ здѣсь именно самый трудный, боевой пунктъ законодательства. Спрашиваютъ, да развѣ нашему судьѣ принадлежитъ не судебная только функція, а на ряду съ этимъ и цензура нравовъ? Гдѣ-же свобода обмѣна, гдѣ личная автономія въ области правоотношеній, свободно установляемыхъ гражданами въ своихъ интересахъ? Гдѣ предѣлъ вмѣшательства внѣшняго въ наши приватные интересы и разсчеты?..

Эти вопросы и недоумѣнія должны бы дѣйствительно возбуждать опасенія и тревогу въ общественномъ сознаніи, и именно за неприкосновенность гражданской свободы, вызывать протестъ противъ безконтрольнаго вмѣшательства публичной власти въ дѣла частныя, если бы такія полномочія были предоставлены *на личное усмотрѣніе органовъ судебной власти* безъ всякаго постояннаго руководящаго отправленія этой функціи начала.

Ничего подобнаго, натурально, не представляетъ собою, въ территоріяхъ примѣненіе ст. 138 и 1133, полномочіе суда аннулировать юридическій эфектъ сдѣлки, противной добрымъ нравамъ и общественному порядку.

Нѣтъ никакого сомнѣнія, что съ этой задачей противодѣйствія эфекту сдѣлки не только прямо и подъ страхомъ ничтожества запрещенной закономъ, но и такой, которая противна добрымъ нравамъ и общественному порядку, компетенція гражданскаго правосудія замѣтно расширяется. Законъ установляетъ только принципъ, который распространяетъ вліяніе суда за предѣлы легальныхъ нормъ. Тѣ нормы, которыя должны служить

---

*) art. 1133 С.с. и нѣм. Улож. § 138, тоже наша ст. 88.

**) также ст. въ С.с. и въ нашемъ Проектѣ. О третьемъ реквизитѣ недѣйствительности сдѣлокъ, по ст. 88 Пр., когда онѣ *противны закону*, было сказано выше; у франц. въ той же ст., близко къ нашему тексту ст. 88 второй абзацъ, cause prohibée par la loi. Мы къ этому еще вернемся.

руководящими для судьи въ этой новой широкой сферѣ его вліянія, не составляютъ необходимо чего-либо новаго, не существовавшаго до этой минуты въ общественномъ сознаніи. Если бы мы дѣйствительно открыли судьѣ въ этой области весь просторъ для примѣненія его *личныхъ воззрѣній* въ вопросахъ, гдѣ сталкивается приватная автономія съ требованіями общественнаго порядка или уваженія добрыхъ нравовъ, мы этимъ, конечно, поставили бы интересы гражданскаго правопорядка въ полную зависимость отъ совершенно случайнаго и крайне непостояннаго критерія. Существуютъ не только отдѣльныя лица, но цѣлыя доктрины, которыя требуютъ такой мѣры преобладанія интереса соціальнаго надъ индивидуализмомъ, которую практически вовсе нельзя примирить съ гражданской свободой. Также высоко считаютъ иногда возможнымъ поднимать и уровень требованій чистоты нравовъ. И здѣсь, натурально, такъ же какъ въ задачахъ соціальнаго совершенствованія, судъ не вправѣ руководствоваться однѣми личными или партійными программами того или другого органа гражданскаго правосудія. Такимъ образомъ поставленныя задачи и давали пищу опасеніямъ, обнаружившимся въ литературѣ, въ борьбѣ мнѣній, въ дебатахъ, вызванныхъ законодательной промоціей ст. 138 Гражд. Уложенія Германской имперіи вообенности *). Нѣтъ сомнѣнія, что въ сферѣ этихъ вопросовъ дѣятельность суда перестаетъ быть только подзаконною, ибо законъ установляетъ лишь принципъ, коимъ предотвращается облеченіе въ образъ юридической сдѣлки интересовъ антисоціальныхъ или угрожающихъ чистотѣ нравовъ. Детальная разработка этого принципа принадлежитъ всецѣло судебной практикѣ, *и объективную основу* судъ находитъ не въ нормахъ закона, а въ правилахъ общежитія, источникъ коихъ лежитъ въ общественномъ сознаніи тѣхъ круговъ лицъ, коихъ ближайшимъ образомъ касается дѣло.

---

*) почву, на которой развивалась эта борьба мнѣній, представляетъ собою, конечно, состояніе экономической и соціальной жизни Германіи въ эпоху кодификаціонныхъ работъ. Здѣсь трудно было бы обстоятельно изложить эту сторону дѣла. Но насколько она отразилось въ направленіи работъ нѣмецкихъ цивилистовъ, ее очень тщательно въ короткихъ чертахъ описалъ проф. R. Saleilles въ указ. выше книгѣ De la déclaration de volonté, въ указанномъ выше толкованіи къ art. 138, начиная съ 251 стр. книги, особенно n° 21 и слѣд., для парламентскихъ дебатовъ n° 41 и слѣд. Тутъ же нѣкоторыя полезныя литературныя указанія по литературѣ франц. и нѣмецкой. 1-й проектъ формулировалъ положеніе о ничтожной сдѣлкѣ ближе къ франц. art. 133 и нашей ст. 88 Пр. (contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public), 2-е чтеніе устранило ordre public (мотивы у Saleilles), находя, что правильно истолкованныя требованія неприкосновенности bonnes moeurs устраняютъ сами собою опасность для ordre public.

Такая практика, черпающая руководство изъ надежнаго, постояннаго и притомъ живого источника, способна вмѣстѣ съ временемъ сама пріобрѣсти вполнѣ устойчивый характеръ, составить такимъ путемъ предшествующую стадію для образованія юридическихъ нормъ, и стать въ этомъ смыслѣ поистинѣ творческой для правообразованія силой.

Въ такомъ видѣ вмѣшательство суда въ область приватной автономіи вовсе не угрожаетъ свободѣ обмѣна, не ведетъ къ стѣсненію гражданской свободы, а лишь направляетъ ее на надлежащій путь удовлетворенія того круга индивидуальныхъ интересовъ, которые не требуютъ принесенія имъ въ жертву интересовъ высшаго порядка, соціальныхъ и чистоты нравовъ.

Совершенно такъ же, какъ разнообразны круги лицъ *), сознаніе коихъ служитъ для суда руководящимъ источникомъ въ этой практикѣ, также и свойство огражденныхъ интересовъ можетъ быть весьма различно. При этомъ содѣйствіе суда въ огражденіи интересовъ высшаго порядка будетъ въ практикѣ проявляться не какъ положительный реквизитъ состава сдѣлки, а именно только какъ противодѣйствіе вторженію въ эту область вліяній, противныхъ чистотѣ нравовъ и общественному порядку, стало быть, отрицательнымъ путемъ.

Для освѣщенія вопроса мы возьмемъ нѣкоторые образцы установившейся такимъ путемъ практики сдѣлокъ недѣйствительныхъ, ничтожныхъ ipso jure, по этому признаку опасности, которою онѣ угрожаютъ добрымъ нравамъ и общественнымъ интересамъ, какъ ихъ разумѣетъ культурное общество нашего времени.

И такъ, изъ области семейныхъ отношеній ничтожною будетъ сдѣлка, по силѣ коей супругъ обязывается за деньги содѣйствовать разводу посредствомъ отреченія напр., отъ права обжаловать неправильное рѣшеніе суда, посредствомъ отказа заранѣе отъ преслѣдованія виновной стороны. Въ томъ же смыслѣ ничтожны будутъ передъ судебнымъ органомъ соглашенія супруговъ объ отказѣ отъ супружеской вѣрности.

Ничтожнымъ почитается соглашеніе объ уступкѣ за деньги дѣтей для ихъ усыновленія.

Не подлежитъ, подъ страхомъ ничтожества сдѣлки, ограниченію и отказу свобода гражданской личности въ самыхъ разнообразныхъ ея проявленіяхъ. Нельзя отречься за деньги отъ свободы выбрать или измѣнить религіозное исповѣданіе въ предѣ-

*) Это можетъ быть общее національное сознаніе, или болѣе тѣсныхъ общественныхъ группъ, исповѣдныхъ, сословныхъ, профессіональныхъ.

лахъ, допустимыхъ дѣйствующимъ закономъ, принять обѣтъ безбрачія или пребываніе на продолжительное время во вдовствѣ. Недопустимо соглашеніе о подчиненіи себя опекунской власти другого лица, объ отказѣ отъ свободы договорныхъ сдѣлокъ, отъ принадлежности къ частнымъ товариществамъ, отъ свободы выбора мѣста жительства, отъ свободы экономической дѣятельности, напр., въ видѣ заранѣе обѣщаннаго обязательнаго самоустраненія отъ конкуренціи въ вопросахъ столкновенія или борьбы за экономическіе интересы.

Ничтожными почитаются соглашенія объ обязательности лѣченія у даннаго врача или въ данномъ лѣчебномъ заведеніи, такъ же какъ о подчиненіи себя производству операціи подъ страхомъ имущественной отвѣтственности за невыполненіе такого обязательства.

Признаются ничтожными многообразныя операціи, направленныя на монополизацію производствъ, предпринимательской или торговой дѣятельности въ извѣстной отрасли подъ страхомъ штрафовъ, съ видами эксплуатировать публику насильственнымъ повышеніемъ цѣнъ.

Ничтожными почитаются уговоры о передачѣ адвокатской кліентели за вознагражденіе.

Вознагражденіе, выговариваемое въ свою пользу агентами по дѣламъ брачнымъ, когда для успѣха операціи пускаютъ въ ходъ обманы, ложь, чувственное возбужденіе, признаются тоже ничтожными.

Ничтожными признаютъ суды условія, подчиняющія сценическихъ дѣятелей произволу антрепренера.

Нерѣдко *мотивы* сдѣлки, сулящей крупные барыши за операціи скандальнаго свойства, угрожающія чистотѣ нравовъ, возбуждаютъ дѣятельность суда и ведутъ къ ничтожеству сдѣлки. Тутъ есть, натурально, много незаконченнаго, спорнаго въ дѣятельности судовъ, направленной къ огражденію общества отъ укрѣпленія силы сдѣлокъ опасныхъ для чистоты нравовъ и интересовъ общественнаго порядка.

Нерѣдко эксплуатація самая недостойная вредныхъ промысловъ не встрѣчаетъ надлежащей реакціи, когда эксплуатируется публика иноземная, когда опасности подвергаются интересы, особенно экономическіе, иностраннаго государства *).

---

*) Для дополненія этихъ данныхъ и дальнѣйшаго развитія важной практической стороны дѣла и множества контроверзныхъ, въ нѣмецкой и французской литературѣ, сторонъ этого ученія могутъ служить указанная выше работа Saleilles, Lehrbuch Endemann'a, особ. §§ 103 и 103a, а также Dernburg, D. bür-

Намъ надлежитъ обозначить характерныя юридическія черты ничтожества сдѣлки. Ихъ сводятъ къ четыремъ главнымъ:

a) дѣйствіе этого вида инвалидаціи есть по существу непосредственное, въ принципѣ не требующее никакого особаго соучастія суда. Если бы, однако, простого отрицательнаго отношенія къ сдѣлкѣ въ данныхъ условіяхъ не было достаточно, такъ что вопросъ о ничтожествѣ возбуждалъ бы сомнѣніе, то все содѣйствіе суда должно будетъ ограничиться признаніемъ сдѣлки ничтожной *силой закона*, констатированіемъ ея ничтожества, nullité de plein droit, совершенно независимаго отъ интересовъ стороны и ея иска объ аннулированіи сдѣлки (Feststellungsklage), ибо въ сдѣлкѣ ничтожной ipso jure нечего аннулировать.

b) эффектъ ничтожества не есть ограниченный стороной, искавшей его констатированія. Будучи въ основѣ своей ничтожествомъ d'ordre public, оно въ принципѣ дѣйствуетъ не по отношенію къ опредѣленному кругу лицъ, а безотносительно, съ абсолютной силой не только на самый актъ, на сдѣлку, но и на всѣ возможныя ея консеквенціи *).

c) сдѣлка ничтожная не можетъ стать дѣйствительной посредствомъ послѣдующаго ея утвержденія, и это опять простая консеквенція того свойства ничтожества, что оно, по эффекту, абсолютно, существуетъ для всѣхъ, а не для извѣстнаго только круга лицъ **). Въ силу этого никакое отдѣльно взятое лицо не способно возстановить ея эффектъ своимъ одинокимъ послѣдующимъ утвержденіемъ.

d) наконецъ, къ ничтожеству сдѣлки не примѣняется какъ исцѣляющее его средство истеченіе срока, который установленъ для предъявленія иска, какъ способа возстановить нарушенное право, т.-е. къ этому виду недѣйствительности не можетъ имѣть приложенія исковая давность. И это вполнѣ понятно, ибо ничтожество сдѣлки вовсе не зависитъ отъ предъявленія спора, напра-

---

gar. Recht I Band (1902 г.) § 125. Интересъ изученія въ полной мѣрѣ вознаграждается натурально только постояннымъ и пристальнымъ ознакомленіемъ съ практикой сдѣлокъ и суда, обнаруживающейся особенно съ судебныхъ рѣшеніяхъ по спорнымъ вопросамъ.

*) выше были указаны случаи, гдѣ „nichtig" въ Германск. Улож. и „недѣйствительный" (бракъ) у насъ не имѣютъ этого смысла.

**) Извѣстно, что примѣненіе этого положенія было весьма спорнымъ въ литературѣ общаго права (Дернбургъ, Pandekten Bd. 1 § 122 Anm. 5). Примѣненіе § 141 abs. 2 Нѣм. Гр. Ул. возбуждаетъ то же различіе мнѣній (см. Saleilles-большой экскурсъ по этому предмету, стр. 324—352). Вообще сдѣлка послѣдующая разсматривается какъ новая, но есть возможность ея эффектъ весьма сблизить съ настоящимъ утвержденіемъ прежней сдѣлки, напр. въ случаяхъ, когда недѣеспособный подтверждаетъ совершенный имъ въ болѣзненномъ состояніи (сумасшествіе) актъ по выздоровленіи.

вленнаго противъ ея силы. Это ничтожество наступаетъ *само собой*, находитъ себѣ примѣненіе *при всякой попыткѣ дать сдѣлкѣ* эфектъ (при содѣйствіи суда, органовъ безспорной юрисдикціи, нотаріата), прежде всякаго иска. Стало быть истеченіе срока исковой давности не можетъ, для сдѣлки изначала ничтожной, служить источникомъ укрѣпленія ея силы въ дальнѣйшемъ.

II. Другую категорію явленій недѣйствительности сдѣлки образуютъ тѣ случаи пороковъ или недостатковъ ея состава, которые болѣе или менѣе безразличны въ смыслѣ ея легальныхъ реквизитовъ, но въ то же время угрожаютъ *правамъ и интересамъ соучастника сдѣлки*. Если недостатки перваго рода и по ихъ природѣ и по ихъ эфекту правильно отличать признакомъ абсолютныхъ, d'ordre public, поражающихъ весь эфектъ сдѣлки въ цѣломъ, а не относительно только опредѣленнаго круга заинтересованныхъ, то недостатки второго рода составляютъ и по своему свойству и по эфекту явленіе прямо противуположное первому типу ея пороковъ. Это категорія сдѣлокъ *относительно-ничтожныхъ*, недѣйствительность коихъ частноправная, d'ordre privé.

Мы уже не разъ имѣли случай говорить выше, въ анализѣ положительныхъ реквизитовъ волеизъявленія, объ этихъ возможныхъ дефектахъ сдѣлки, которые не обнаруживаются необходимо, а лишь *эвентуально могутъ быть* противупоставлены юридическому эфекту сдѣлки, если заинтересованный найдетъ это нужнымъ. Это прежде всего случаи волеизъявленія, вызваннаго ошибкой субъекта сдѣлки, принужденіемъ, подъ вліяніемъ котораго онъ находился. Сюда же идутъ частью случаи обмана, симуляціи, скрытой оговорки (reservatio mentalis). Намъ надлежитъ здѣсь, въ общемъ ученіи о недѣйствительности сдѣлокъ, точнѣе установить юридическую природу этого вида недѣйствительности сдѣлки и соотвѣтствующіе ей особые способы ея инвалидаціи.

Главнѣйшіе признаки этой категоріи пороковъ сдѣлки, эвентуально поражающихъ ея эфектъ, заключаются въ томъ:

а) что они не вызываютъ *непосредственнаго* эфекта обезсиленія сдѣлки одной своей наличностью. Эту черту и обозначаютъ въ наукѣ терминомъ annulabilité, оспариваемость, въ отличіе отъ

---

*) См. особ. Дернбургъ D. bürger. Recht § 116 примѣч. 8 и текстъ на стр. 350, VI. Для брака то же отступленіе отъ принципа въ указан. выше art. 1324, 1325 Нѣм. Гр. Улож. Возможно, что сдѣлка формально ничтожная не была своевременно оставлена безъ послѣдствій, а получила исполненіе,—тогда наступаетъ процессъ возможнаго въ данныхъ условіяхъ устраненія этихъ послѣдствій всѣми направленными на это юридическими средствами, напр. виндикаціоннымъ искомъ, искомъ изъ незаконнаго обогащенія, объ убыткахъ изъ дѣянія недозволеннаго.

nullité въ тѣсномъ смыслѣ недѣйствительности сдѣлки ipso jure. Сейчасъ сдѣлка дѣйствительна. Ея существованіе уподобляютъ, однако, больному, ненадежному организму, для котораго всякое потрясеніе можетъ быть опасно.

Выходъ изъ этого состоянія двоякій. Если заинтересованный предъявитъ споръ противъ сдѣлки, она легко можетъ послѣ этого утратить весь свой юридическій эфектъ. Возможенъ, однако, и такой выходъ. Никто не пользуется своимъ правомъ инвалидировать силу сдѣлки, истекаетъ срокъ, указанный для этой цѣли;— тогда сдѣлка крѣпнетъ, и изъ состоянія выжидательнаго, ненадежнаго переходитъ въ состояніе безспорно-дѣйствительное, притомъ такъ, какъ бы въ ней изначала не было никакихъ дефектовъ, никакихъ пороковъ, угрожавшихъ ея существованію. И эта альтернатива наступаетъ не ipso jure, а непремѣнно *при посредствѣ* заинтересованнаго, его выраженнымъ или молчаливымъ послѣдующимъ воздѣйствіемъ на укрѣпленіе или инвалидацію силы сдѣлки.

b) на ряду съ этимъ другая характерная черта для этого вида недѣйствительности сдѣлки заключается въ томъ, что не любой третій и отнюдь не тотъ или другой органъ юрисдикціи ex officio, а лишь опредѣленный кругъ заинтересованныхъ въ инвалидаціи сдѣлки можетъ достигнуть этой цѣли, или непосредственно отвергая силу сдѣлки, о чемъ сейчасъ скажемъ, или оспаривая ее передъ той или другой инстанціей; это ограниченіе круга лицъ, способныхъ инвалидировать сдѣлку, даетъ основаніе отличать этотъ видъ недѣйствительности признакомъ *относительной* недѣйствительности, тогда какъ первый родъ недѣйствительности есть абсолютный. Будучи недѣйствительной для одного, двухъ заинтересованныхъ, сдѣлка, пока ими не оспорена, сохраняетъ всю свою силу для любого третьяго и воздѣйствіемъ третьяго отнюдь не можетъ быть инвалидирована.

c) въ тѣсной связи съ этими двумя характерными чертами этого вида недѣйствительности стоитъ возможность устранить порокъ сдѣлки отказомъ со стороны заинтересованнаго отъ принадлежащаго ему права инвалидировать силу сдѣлки. Эта *устранимость* угрожающаго силѣ сдѣлки порока есть одна изъ наиболѣе яркихъ отличительныхъ чертъ такъ называемой оспариваемости сдѣлки, annulabilité, Anfechtbarkeit, отъ ничтожества, nullité въ тѣсномъ смыслѣ, Nichtigkeit.

d) та же цѣль достигается молчаливымъ путемъ, когда заинтересованный, какъ указано въ пунктѣ a, пропускаетъ срокъ, въ который сдѣлка можетъ быть инвалидирована, или допускаетъ

истеченіе исковой давности, погашающей право иска. Эту черту можно обозначить признакомъ недѣйствительности сдѣлки *преходящей*, въ отличіе отъ недѣйствительности постоянной или ничтожества въ точномъ смыслѣ.

Это наиболѣе простое противуположеніе двухъ видовъ недѣйствительности сдѣлки, которое въ достаточной мѣрѣ исчерпываетъ общіе характерные юридическіе признаки *) явленія ясно опредѣлившейся какъ въ латинской, такъ и въ современныхъ системахъ двойственности типовъ безсилія сдѣлки.

Въ этомъ ученіи намъ остается сказать о *методахъ инвалидаціи* сдѣлки, т.-е. о путяхъ, которые ведутъ къ этой цѣли, простѣйшихъ и болѣе сложныхъ. На ряду съ этимъ важенъ вопросъ *объ объемѣ* инвалидаціи, т.-е. главнымъ образомъ о двухъ ея видахъ, объ инвалидаціи сдѣлки во всемъ ея составѣ, или объ инвалидаціи только частичной, т.-е. объемлющей лишь отдѣльные моменты цѣлаго состава сдѣлки (Пр. кн. I, ст. 89). Этотъ вопросъ ставитъ нашу задачу въ очень тѣсную связь съ общимъ ученіемъ о толкованіи юридической сдѣлки. Насколько возможно, мы въ дальнѣйшемъ коснемся этой трудной цивилистической проблемы, отмѣчая при этомъ прежде всего, что ученіе о толкованіи сдѣлки только одной своей стороной касается задачи ея инвалидаціи. Общая цѣль и направленіе ученія о толкованіи разсчитано на сохраненіе ея силы если не въ цѣломъ, то хотя въ частяхъ.

Независимо отъ этого, юридическая техника располагаетъ многочисленными рессурсами, направленными къ тому, чтобы сдѣлка, которой нельзя удержать въ силѣ, утрачивая то дѣйствіе, на которое была разсчитана, не давала въ результатѣ имущественныхъ ущербовъ для стороны невиновной въ причиненіи этого ущерба (Пр. кн. I, ст. 66). Каждая изъ этихъ сторонъ ученія о толкованіи сдѣлки, направленная на возможное огражденіе ея отъ грубыхъ пріемовъ и тяжелыхъ послѣдствій инвалидаціи сдѣлки, найдетъ себѣ мѣсто или въ общихъ положеніяхъ или въ детальномъ изученіи явленія. Здѣсь мы остановимся сначала на вопросѣ о методахъ инвалидаціи сдѣлокъ вообще.

Мы уже имѣли случай указать выше, что въ первоначальномъ строеніи сдѣлки, типическимъ образцомъ коихъ могутъ слу-

*) При особомъ усердіи можно, конечно, и менѣе существеннымъ признакамъ дать такое же рѣшающее значеніе. Леонгардъ въ указанномъ выше трактатѣ Der Irrthum bei nicht. Verträg. насчитываетъ sieben wichtige Begriffe, которые образуютъ одинъ Collectivbegriff для Anfechtbarkeit и столько же для Nichtigkeit (стр. 320—321). Тутъ есть и тѣ 4 признака, которые имѣютъ общее юридическое значеніе.

жить строго-обрядные сдѣлки квиритской эпохи, абсолютизму реквизитовъ ихъ состава соотвѣтствовало и безусловное ихъ ничтожество, когда всѣхъ реквизитовъ для ихъ юридическаго дѣйствія не оказывалось налицо. Точно такъ же при наличности ихъ обряднаго состава никакія *ординарныя* средства защиты не могли первоначально предотвратить или устранить ихъ эффекта, хотя бы въ основѣ обрядностей лежала ошибка, насиліе, обманъ. Только путемъ *экстраординарнаго изслѣдованія*, съ прямымъ содѣйствіемъ высшаго органа правосудія, возможно было, какъ бы актомъ помилованія, уйти, избавиться отъ этихъ тисковъ неумолимо-обрядной юстиціи. Слабые слѣды экстраординарныхъ способовъ охраненія правъ въ случаяхъ инвалидаціи сдѣлки,—когда, вслѣдъ за признаніемъ сдѣлки (брака) незаконной и недѣйствительной, участь потерпѣвшихъ, въ данномъ случаѣ, невиновнаго супруга, вовлеченнаго въ бракъ обманомъ или насиліемъ, и дѣтей, рожденныхъ отъ недѣйствительнаго брака и записанныхъ въ метрическія книги, ограждается отъ тяжкихъ послѣдствій инвалидаціи брака, посредствомъ особаго всякій разъ ходатайства на Высочайшее Имя, въ результатѣ коего гражданское состояніе этихъ лицъ можетъ быть оставлено неприкосновеннымъ или возстановлено подобно restitutio in integrum преторской системы,—удерживались до послѣдняго времени въ нашей практикѣ. Нынѣ этотъ экстраординарный порядокъ закономъ 1902 г. (объ утвержд. правилъ объ улучшен. положен. незаконнорожд. дѣтей; Собр. узак. за 902 г. № 62 отд. I, 2) удержанъ для возстановленія гражданскаго состоянія невинно-потерпѣвшаго супруга (см. указ. законъ, III, нов. редакц. ст. 133 зак. гр., т. X, ч. I, по изд. 1900 г.). Что же касается послѣдствій инвалидаціи брака для дѣтей, рожденныхъ въ оном, то къ нимъ имѣетъ быть примѣнено положеніе ст. 131^{1} указ. закона (дѣти отъ брака, признаннаго недѣйствительнымъ, сохраняютъ права дѣтей законныхъ). И слѣдовательно къ огражденію этихъ правъ имѣютъ быть поправлены *ординарныя* гражданско-процессуальныя средства *).

Преторская юрисдикція стала несравненно болѣе чуткой къ внутреннимъ порокамъ юридической сдѣлки, которая, при ихъ наличности, можетъ подлежать инвалидаціи не одними только экстраординарными средствами. Къ этой же цѣли, на ряду съ ними, отчасти въ замѣну ихъ, направлены сначала *возраженія* (exceptiones), которыя обязавшійся, должникъ по сдѣлкѣ, отвѣтчикъ въ

*) Этотъ же путь замѣны экстраординарныхъ способовъ ординарными въ свое время былъ примѣняемъ и къ узаконенію дѣтей.

процессѣ можетъ противупоставить иску, доказывая принужденіе, обманъ,ошибку, лежащія въ основѣ сдѣлки, а позже, къ той же цѣли ведутъ и прямыя *исковыя притязанія* потерпѣвшаго. Эти возраженія, а впослѣдствіи и цѣлый рядъ *исковъ* (actiones, напр., doli, quod metus causa), направленныхъ на ниспроверженіе силы сдѣлки (Anfechtung, annulation) стали въ латинской, а затѣмъ и во всѣхъ новыхъ системахъ *ординарными* способами инвалидировать сдѣлки второго изъ указанныхъ нами типовъ, т.-е. типа относительно - ничтожныхъ, посредственно - недѣйствительныхъ, опровержимыхъ сдѣлокъ. Эти ординарныя процессуальныя средства одинаково практиковались и въ системѣ общаго права и на основаніи code civ., и по австрійскому гражданскому уложенію и по дѣйствующему т. X, ч. I, (ст. 703), крайне скудному и подлежащему нынѣ замѣнѣ статьями проекта, составляющими *рецепцію старыхъ западныхъ образцовъ* (Пр. кн. I, ст. 65).

Въ тѣсной связи съ пересмотромъ дѣйствовавшихъ въ Германіи старыхъ системъ, съ задачей отторженія отъ латинскихъ образцовъ и выработки нормъ возможно близко отвѣчающихъ практическимъ требованіямъ юстиціи, уже въ 1-мъ чтеніи Проекта Гражд. Уложенія для нѣмецкой имперіи, старый способъ инвалидаціи сдѣлокъ посредствомъ исковъ и возраженій со стороны аннулятора заподозрили именно въ непрактичности. Практика опроверженія сдѣлокъ старымъ методомъ, особенно въ территоріяхъ Code civil, заслуживала двоякаго упрека. Если сторонѣ, вошедшей въ сдѣлку по ошибкѣ, подъ вліяніемъ принужденія или обмана, приходилось оспаривать ея силу посредствомъ иска, то на нее, какъ на истца, должна была вмѣстѣ съ этимъ падать тяжесть доказыванья фактовъ. Это первое эвентуальное неудобство для лица, сдѣлавшагося жертвой ошибки, обмана, насилія. Но отношенія сторонъ могутъ принять и такую конфигурацію. Исполненія по сдѣлкѣ еще не послѣдовало, а кредиторъ его-то именно и требуетъ. Между тѣмъ сдѣлка и стало быть самое требованіе на ней основанное можетъ быть опорочено excipiendo, посредствомъ возраженія о порочности волеизъявленія, вызваннаго насиліемъ, обманомъ и проч. Въ этомъ случаѣ неудобство для отвѣтчика будетъ состоять въ томъ въ особенности, что не онъ, а истецъ выбираетъ время, когда предъявить искъ, и *выборъ времени* легко можетъ оказаться совершенно подходящимъ для истца и неподходящимъ для отвѣтчика. Недостатокъ стараго метода лежитъ, очевидно, in modo procedendi, и смѣлая мысль редакторовъ первой кодификаціонной коммиссіи направлена къ его исправленію (1-е чтеніе § 114). Послѣдующій пересмотръ

вопроса далъ дѣйствительное обновленіе и обогащеніе всего института инвалидаціи сдѣловъ при наличности указанныхъ пороковъ волеизъявленія (см. особ. обширный и очень содержательный art. 143 Нѣм. Гр. Улож. *).

Чтобы разомъ парировать и ту и другую опасность, нѣмецкая кодификація выработала простѣйшій способъ дѣйствія, направленный прямо, *безъ обращенія къ суду*, къ инвалидаціи сдѣлки. Объ редакціи указанныхъ статей (§ 114 перв. и art. 143 втор. Чт.) въ почти тожественномъ оборотѣ рѣчи предоставляютъ аннулятору (d. Anfechtungsberechtigte) сдѣлать свое волеизъявленіе съ цѣлью аннулировать эфектъ сдѣлки прямо своему противнику. Это *внѣсудебное волеизъявленіе*, не связанное ни съ какими необходимыми реквизитами формъ и обрядовъ. Все, чего требуютъ положенія нѣмецкаго кодекса объ ошибкѣ, принужденіи, обманѣ,— это *безотлагательности*. Заявленіе, опорочивающее сдѣлку, должно заключать указаніе повода инвалидаціи, ошибки, обмана, который обнаружился по совершеніи сдѣлки, или насилія, подъ вліяніемъ коего послѣдовало волеизъявленіе. Но все это необходимо выполнить unverzüglich, ohne schuldhaftes Zögern, во время, и отнюдь не позже одногодичнаго срока, послѣ коего такое волеизъявленіе не будетъ имѣть никакого инвалидирующаго эфекта (Нѣм. Ул. art. 119—121, 123, 124). Такой внѣсудебный актъ можетъ сразу парализовать весь эфектъ сдѣлки, если въ рукахъ нападающаго есть сейчасъ налицо всѣ средства для инвалидаціи. Инвалидація въ этихъ условіяхъ не составляетъ, однако, непремѣннаго послѣдствія нападенія. Противникъ можетъ допустить наличность основаній для инвалидаціи сдѣлки. Стороны могутъ затѣмъ найти тотъ или другой миролюбивый выходъ изъ кризиса. Если нападающій по тѣмъ или другимъ соображеніямъ уступитъ противнику, придя къ тому, или другому соглашенію насчетъ спорной сдѣлки, то сдѣлка становится уже *разъ навсегда безспорной* и дѣйствительной (art. 144). Но это не исключаетъ возможности и другого исхода. Сторона, которой заявлена въ указанный краткій срокъ инвалидація, можетъ оставить ее безъ послѣдствій, и это не мѣшаетъ ей защищать *судебнымъ порядкомъ* свои притязанія, основанныя на сдѣлкѣ, *въ теченіе общаго тридцатилѣтняго* давностнаго *срока* погашаю-

*) Это положеніе служило и во время кодификаціонныхъ работъ и послѣ введенія въ дѣйствіе новаго уложенія предметомъ очень оживленнаго обмѣна мнѣній не только въ Германіи, но и во Франціи (указанія см. въ обширныхъ комментаріяхъ и учебникахъ по новому кодексу и въ книгѣ Saleilles de la Déclar. de volonté, стр. 359 и слѣд., гдѣ читатель найдетъ много цѣнныхъ данныхъ). Въ кодификаціонныхъ трудахъ у насъ эта проблема не оставила никакого слѣда.

щаго исковыя притязанія (см. только что приведенныя статьи и art. 195 Нѣм. Гражд. Уложенія).

Нѣтъ никакого сомнѣнія, что новый методъ инвалидаціи юридической сдѣлки относительно—недѣйствительной (anfechtbares Rechtsgeschäft) не составляетъ института реципированной системы. Его не знали ни система общаго права, ни Code civil. Это своеобразный и въ этомъ примѣненіи введенный новымъ нѣмецкимъ уложеніемъ въ практику способъ инвалидаціи относительно-безсильной сдѣлки. Нельзя, однако, не замѣтить, что *какъ методъ*, онъ вовсе не новъ и хорошо извѣстенъ, хотя въ другомъ приложеніи, именно латинскому праву. Въ чемъ, точнѣе говоря, заключается особенность, своеобразная черта этого прямого заявленія противнику въ кратчайшій срокъ своего опроверженія? Своеобразіе все въ томъ, что здѣсь *процессъ начинается съ конца*, съ исполнительной стадіи, при чемъ эвентуально онъ можетъ тутъ же достигнуть цѣли. Но возможно, что сторона пойдетъ на судебное состязаніе, если она увѣрена въ своихъ шансахъ. Въ латинской, притомъ *старой* системѣ, въ числѣ пяти легисакціонныхъ формъ процедированья есть двѣ, per manus injectionem и per pignoris capionem, которыя отличаются отъ другихъ тѣмъ же оригинальнымъ способомъ начинать процессъ съ исполнительной стадіи. Этимъ суммарнымъ способомъ споръ можетъ быть эвентуально разрѣшенъ такъ же, какъ внѣсудебнымъ опроверженіемъ сдѣлки въ извѣстномъ отношеніи порочной. Но совершенно такъ же допустима и другая альтернатива, когда является возможность отстоять свое право, несмотря на захватъ залога или наложеніе рукъ, или когда, въ вопросѣ объ инвалидаціи сдѣлки, противникъ разсчитываетъ восторжествовать противъ нападенія при помощи ординарныхъ судебно-процессуальныхъ способовъ защиты права.

Вотъ двоякій путь инвалидаціи сдѣлки относительно-недѣйствительной. Что касается возможнаго, смотря по особенностямъ сдѣлки, выбора того или другого способа дѣйствія, то нѣтъ сомнѣнія, что метода инвалидаціи, принятая Нѣм. Гр. Уложеніемъ, имѣетъ за себя всѣ преимущества.

Въ вопросахъ такъ близко касающихся практической стороны дѣла общія соображенія не должны, однако, имѣть рѣшающаго значенія. Легко можетъ оказаться на практикѣ, что предоставленіе сторонамъ выбора вмѣсто ускоренія поведетъ на дѣлѣ къ замедленію въ достиженіи цѣли. Эти опасенія мотивировали различіе мнѣній, обнаружившееся особенно при выработкѣ второго чтенія. Наиболѣе спорную и трудную проблему представлялъ вопросъ, *къ кому имѣетъ быть обращено заявленіе объ инвалидаціи.*

Въ нѣкоторыхъ случаяхъ это совершенно просто, напр., въ контрактѣ, когда ясно видны обѣ заинтересованныя стороны и особенно противникъ, который подвергается нападенію. И тутъ могутъ встрѣтиться трудности въ вопросѣ о томъ кому адресовать заявленіе о нападеніи, въ иныхъ случаяхъ особенно, гдѣ не одинъ участникъ контракта съ той и съ другой стороны. Такія же осложненія являются и тамъ, гдѣ въ связи съ двусторонней сдѣлкой есть еще 3-ьи, заинтересованныя въ непоколебимости сдѣлки (договоры или обѣщанія въ пользу 3-го). Но во всей силѣ трудность примѣненія внѣсудебной инвалидаціи чувствуется тамъ, гдѣ сдѣлка есть односторонне-обязывающая (публичное обѣщаніе награды) съ этими разновидностями, на коихъ мы остановили уже вниманіе выше (стр. 692—695). Вотъ на этихъ-то осложненіяхъ и должны были сосредоточить все вниманіе редакторы 2-го чтенія. Слѣдовало предусмотрѣть въ общихъ положеніяхъ хотя бы главнѣйшія разновидности разнообразныхъ типовъ односторонняго волеизъявленія. Если оно принадлежало къ категоріи empfangsbedürftige, то нападеніе имѣло быть заявлено тому, чье воспріятіе необходимо для юридической силы односторонней сдѣлки. Если для перфекціи сдѣлки нужно воспріятіе публичнаго установленія, суда, опеки, гипотечнаго учрежденія, то и Anfechtung имѣетъ быть сдѣлана передъ этими установленіями, ибо сдѣлка есть amtsempfangsbedürftig. Натурально, опять иначе рѣшается вопросъ объ адрессатѣ инвалидаціи, когда юридическая сила сдѣлки не связана съ воспріятіемъ съ чьей либо стороны волеизъявленія (einseitige nichtempfangsbedürftige Rechtsgeschäfte); таковы нѣкоторыя волеизъявленія тестаментарныя, принятіе, отказъ отъ наслѣдства, нѣкоторыя гипотечныя сдѣлки, публичное обѣщаніе награды, для инвалидаціи коихъ достаточно той формы ея оглашенія передъ инстанціей судебной, административной, передъ публикой, посредствомъ которой была перфицирована сдѣлка въ положительномъ ея смыслѣ. При ихъ посредствѣ происходятъ сношенія и съ самимъ заинтересованнымъ. Натурально, эфектъ такой инвалидаціи можетъ получить распространеніе не по отношенію къ опредѣленному только противнику, а безотносительно, erga omnes.

Поводы къ сомнѣніямъ въ практичности новаго метода были устранены *детальной разработкой* трудной *задачи* указать, при всевозможныхъ комбинаціяхъ, адрессата внѣ-судебной инвалидаціи сдѣлки. Указанныя сейчасъ руководящія правила были занесены въ одну общаго содержанія *статью 143 кодекса.* Нѣкоторыя частности указаны въ связи съ отдѣльными институтами (права

брачнаго, наслѣдованія), въ составъ коихъ входитъ инвалидируемая сдѣлка *). Новая метода была одобрена при голосованіи въ послѣдующихъ инстанціяхъ, разрабатывавшихъ вопросъ, превозмогающимъ большинствомъ.

§ 60.

Толкованіе юридической сдѣлки.—Цѣль его.—Правила толкованія въ классической системѣ, по Code civil и по стт. 1538 и 1539 т. X ч. I.—Анализъ этихъ правилъ.—п. 4 правилъ толкованія.—Параллель въ правилахъ толкованія закона и сдѣлки.—Восполненіе пробѣловъ своеобразности.—Проектъ Гражд. Уложенія.—Превращеніе юридическихъ актовъ и измѣненіе назначенія имуществъ цѣлевыхъ.

Порокъ волеизъявленія можетъ касаться не всего состава сдѣлки и не тѣхъ ея частей, съ незыблемостью коихъ связанъ весь ея строй; онъ можетъ быть частичный. И если задача юриспруденціи направлена къ возможному огражденію ея цѣлости отъ крушенія, то натурально эфектъ аннуляціи будетъ ограниченъ тѣми частями, безъ наличности коихъ сдѣлка продолжаетъ держаться въ силѣ. Эту охранительную для цѣлости сдѣлки максиму латинское право выражало въ общей тезѣ utile per inutile non vitiatur.

На ряду съ этимъ, во множествѣ случаевъ, гдѣ по тѣмъ или другимъ недостаткамъ состава сдѣлки, ей угрожала бы недѣйствительность, хорошо развитыя системы черпаютъ *изъ самого строенія института* средства все же, въ той или другой мѣрѣ, достигнуть той конечной цѣли, къ которой направлено волеизъявленіе, посредствомъ субсидіарной сдѣлки. Эта сторона дѣла ясно выступаетъ наружу при изученіи отдѣльныхъ институтовъ, особенно нѣкоторыхъ изъ нихъ. Такого рода разсчитанныя препятствія разрушительному дѣйствію разныхъ дефектовъ сдѣлки встрѣчаются и въ сдѣлкахъ имущественнаго обмѣна inter vivos, но они обильны въ актахъ права семейнаго и особенно въ сдѣлкахъ на случай смерти.

Въ Римѣ двойственность строенія институтовъ цивильной и преторской системы весьма содѣйствовала этому охраненію силы сдѣлки отъ опасности полной ея недѣйствительности, такъ какъ та же конечная цѣль волеизъявленія, которой не удавалось до-

*) См. большіе учебники по нов. Кодексу—Козака, Эндемана, Дернбурга Leonhard'a, Crome и др.

стигнуть формальными актами цивильнаго права, достигалась, нерѣдко въ виду менѣе строгихъ требованій гонорарнаго права, хотя съ менѣе законченнымъ юридическимъ эфектомъ, но всѣ же подъ достаточной эгидой преторской юрисдикціи. Особенно яркую картину такихъ препятствій къ вполнѣ безслѣдной инвалидаціи сдѣлки даетъ намъ латинскій тестаментъ, доминирующая цѣль котораго составляетъ установленіе универсальнаго преемства тестатору. Если бы, по какому бы то ни было поводу, назначеніе наслѣдника не состоялось, то наступаютъ условія для трансмиссіи деляціи. Если трансмиссія не привела къ цѣли, къ ней можетъ повести субституція. Нѣтъ субституціи—наступаютъ условія для приращенія долей, для акресценціи. То же самое во множествѣ другихъ условій безсилія сдѣлки. по одному, болѣе строгому, для ея дѣйствительности, и по другому, менѣе строгому, критерію другой системы. Таже традиціонная тенденція къ охраненію *послѣдней воли умирающаго* въ современныхъ культурныхъ обществахъ и въ законодательствахъ разрабатывающихъ этотъ вопросъ съ должнымъ вниманіемъ. Иллюстраціей этой тенденціи могутъ служить ст. 2084, 2100—2103 нов. нѣм. Гражд. Уложен.

Воспитанная на этомъ традиціонномъ уваженіи къ личности, къ волеизъявленіямъ въ сферѣ права частнаго, европейская юриспруденція разныхъ областей и территорій *крѣпко держится латинскаго преданія* и ищетъ, цѣной многочисленныхъ аккомодацій, оградить эфектъ сдѣлки отъ инвалидаціи, если не вполнѣ, то хотя отчасти, если не въ отношеніи ея буквы и слова, то въ отношеніи ея общей тенденціи, конечной цѣли, которой волеизъявленіе имѣло достигнуть.

Задача эта, которую по существу справедливо слѣдуетъ назвать задачей *охраненія силы сдѣлки* противъ безмѣрнаго разрушительнаго эфекта ея инвалидаціи, обнимаетъ всѣ институты нашего дѣйствующаго права, какъ и стараго латинскаго, тѣснѣйшимъ образомъ связана, какъ уже было замѣчено выше, съ основами ученія *о толкованіи юридической сдѣлки*. Намъ необходимо посему здѣсь же, въ связи съ общимъ ученіемъ о юридической сдѣлкѣ, остановить вниманіе и на этомъ ученіи вообще.

Собственно, всѣ стороны ученія о сдѣлкѣ, о дѣеспособности лицъ, о внутренней и внѣшней сторонѣ волеизъявленія, существенны для правильнаго пониманія ея природы и ея дѣйствія. Трактуя здѣсь вопросъ о толкованіи вообще, мы имѣемъ въ виду *специфическіе пріемы* раскрытія возможно точнаго и полнаго содержанія волеизъявленія, когда составъ сдѣлки въ кон-

кретномъ ея примѣненіи способенъ возбудить тѣ или другія колебанія относительно его смысла и значенія.

Эта задача толкованія направляется въ современномъ, какъ и въ римскомъ правѣ, все къ одной и той же конечной цѣли. Лучше, чѣмъ въ другихъ современныхъ кодифицированныхъ системахъ, эта задача выразилась въ новомъ германскомъ гражданскомъ Уложеніи *). Раскрытіе всего содержанія волеизъявленія имѣетъ быть сдѣлано изъ наличнаго его состава и той ситуаціи, въ которой оно послѣдовало. Въ достиженіи этой цѣли важно избѣгнуть двоякой возможной крайности, или пуститься безъ всякаго видимаго побужденія, по принципу, къ исканіи естественной воли, со всѣми свойственными подлиннымъ психическимъ процессамъ осложненіями, или же, прямо наоборотъ, хвататься за одну внѣшнюю сторону волеизъявленія, цѣпляясь за букву, привязываясь къ слову (verba captare). На эту идею раскрытія, именно выраженнаго въ обрядѣ, въ словѣ *дѣйствительнаго волеизъявленія*, art 133 Гражд. Ул. и указываетъ какъ на подлинную задачу толкованія. Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille **) zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdruks zu haften.

Дѣйствительная воля (d. wirkliche Wille) въ смыслѣ ст. 133 есть та, которая въ составѣ сдѣлки ставитъ волеизъявленіе въ тѣснѣйшую связь съ его юридическимъ эфектомъ, стало быть,

---

*) И здѣсь опять редакторы кодекса были больше проникнуты и лучше вооружены вѣрно усвоенными преданіями и методами классической юриспруденціи, чѣмъ составители старыхъ кодексовъ, какъ Code civ., Preusz-Landr. и австр. Allg. bürgerl. Gesetzb. (то же видно и на ст. 700 т. X ч. 1), составители которыхъ, находясь подъ господствующимъ вліяніемъ школы естественнаго права, въ основу ученія о сдѣлкѣ ставили *принципъ воли человѣка, сознательной и свободной*, а не волеизъявленія, допускающаго въ вопросѣ о его образованіи тѣ или другіе пороки и дефекты, которые способны вліять на его юридическій эфектъ. И новая нѣм. кодификація не вполнѣ свободна отъ нѣкоторыхъ традицій прусскаго Ландрехта, о чемъ скажемъ впослѣдствіи.

**) Не надо думать, что наше толкованіе art. 133 безспорно. Мы будемъ имѣть случай указать далѣе массу трудовъ юристовъ, какого угодно направленія, трактующихъ вопросъ и съ философской, и съ психологической, и съ экономической точки зрѣнія, и натурально эти расходящіеся методы и направленія толкованія статьи дадутъ статьѣ разное освѣщеніе и очень различный смыслъ. Der Wille im Sinne d. 133 ist nicht das, was von der Partei gewollt ist und möglicher Weise d. anderen Theile verborgen bleibt, sondern was dem Erklärungsempfänger als gewollt erscheint... Anderen Falls würde 133 befehlen das Unerforchliche zu erforchen (передаемъ сокращенно мысль Leonhard'a въ сочин. d. Allgem. Theil, стр. 350, о коемъ была рѣчь выше). Его точка зрѣнія есть чисто-цивилистическая и для пониманія тезъ Гражданскаго Уложенія доминирующая, опредѣляющая подлинный смыслъ ст. 133. Это не значитъ, что критерій дѣловой и экономическій, въ извѣстныхъ случаяхъ и мотивъ психическій должны остаться совсѣмъ въ сторонѣ въ задачахъ столь сложныхъ какъ толкованіе волеизъявленія въ составѣ юридичеекой сдѣлки. См. также у Herm. Isay Die Willenserklärung стр. 14 и слѣд. литературн. указанія по этому вопросу.

которая включаетъ въ себѣ не только сдѣлку-актъ, но и сдѣлку-эффектъ (см. выше, стр. 886 и слѣд.).

Это основное правило толкованія даетъ намъ вмѣстѣ и *руководящую нить* для всѣхъ истолковательныхъ операцій, коихъ послѣдняя цѣль всегда и необходимо должна быть *охранительною* въ возможно точномъ и исчерпывающемъ все содержаніе сдѣлки смыслѣ, и если нельзя сохранить всего въ цѣломъ составѣ, то поступаться надлежитъ возможно меньшимъ. И только то истолкованіе заслуживаетъ своего имени, въ которомъ принята во вниманіе *каждая черта* выраженной воли и въ итогѣ осталось какъ можно меньше разнорѣчій или ничего незначущихъ рѣчей. При хорошо и умѣло формулированномъ волеизъявленіи такой результатъ и есть всего чаще нормальный.

Къ сожалѣнію, это не всегда бываетъ, и роль толкователя и судьи тѣмъ труднѣе, чѣмъ меньше умѣнья обнаруживается въ формулировкѣ сдѣлки.

Непосредственный объектъ изслѣдованія и путь къ раскрытію содержанія волеизъявленія составляетъ доступная воспріятію *внѣшняя сторона волеизъявленія*. Задача развитой системы дѣловыхъ сношеній вовсе не въ томъ, чтобъ стѣснять ихъ обмѣнъ требованіями опредѣленной и никакъ не иной формы выраженія воли. Кромѣ тѣхъ случаевъ, гдѣ реквизитъ формы есть разъ навсегда установленный и обязательный, средствомъ для волеизъявленія могутъ и должны служить даже нѣмые сами по себѣ факты, опредѣленное положеніе, принятое лицомъ въ извѣстной обстановкѣ, его безмолвіе, а также и специфическіе способы юридическаго волеизъявленія, движеніе, знакъ, слово, письмо со всѣми усиливающими, гарантирующими, увѣковѣчивающими эффектъ сдѣлки осложненіями, которыя мы разсмотрѣли въ ученіи объ обрядной сторонѣ волеизъявленія.

Чѣмъ менѣе специфическій характеръ именно юридическаго акта носитъ на себѣ волеизъявленіе, тѣмъ задачи толкованія труднѣе. Этихъ трудностей на пути къ раскрытію смысла волеизъявленнаго не слѣдуетъ, однако, опасаться интерпрету. На то или другое дѣяніе, на безмолвіе стороны, допускающее толкованіе въ ту и другую сторону, проливаетъ свѣтъ *обстановка, въ которой фактъ произошелъ*, принятое вообще лицомъ положеніе въ дѣлѣ, его Gesammtverhalten. Есть область отношеній, въ которыхъ безмолвіе, взятое въ связи съ обстановкой, въ которой оно обнаруживается, свидѣтельствуютъ вовсе не о волеизъявленіи безмолствующаго, а о его *полномъ безразличіи* къ тому, что происходитъ. Есть рядъ другихъ комбинацій, гдѣ тому же факту

молчанія совершенно правильно дать смыслъ настоящаго волеизъявленія лица, хотя и безмолвнаго *). Я получаю книжныя новости, которыхъ не заказывалъ, лотерейные билеты, ассортиментъ сигаръ, которыхъ я не курю, на пробу. И если всѣ попытки меня заинтересовать, суть только вызовъ со стороны оферента, ни къ чему меня не обязывающій, и мое молчаніе не должно быть толкуемо въ смыслѣ волеизъявленія, хотя бы на посылкахъ было отмѣчено, что безмолвіе въ теченія такого-то срока разсматривается какъ принятіе предложеніе. Совсѣмъ иной смыслъ и иную силу будетъ имѣть то же безмолвіе, когда лицо, къ которому сдѣлано обращеніе, находилось въ постоянныхъ дѣловыхъ сношеніяхъ съ оферентомъ въ извѣстной отрасли операцій. Молчаніе толкуется, наконецъ, нормально какъ согласіе, когда оно служитъ отвѣтомъ на обращеніе къ торговцу, котораго торговыя операціи обращены именно къ посредству въ данной отрасли дѣлъ. Чтобъ отклонить такое толкованіе. агентъ (коммисіонеръ, спедиторъ) имѣетъ своевременно дать отрицательный отвѣтъ **).

Очевидно, въ способахъ волеизъявленія не специфически юридическихъ необходимо, для ихъ истолкованія, всякій разъ считаться съ общимъ принятымъ данными лицами положеніемъ, съ характеромъ ихъ сношеній вообще (Gesammtverhalten). Сдѣлки разнаго типа, биржевыя, торговыя вообще, вексельныя воособенности, или сдѣлки общаго права, различаются не только свойственнымъ имъ стилемъ ***), но и требуютъ особыхъ пріемовъ, толкованія, иногда необходимо съ помощью профессіональныхъ или свѣдущихъ въ мѣстномъ обычаѣ людей.

Индивидуализація въ толкованіи волеизъявленія можетъ оказаться необходимой, не при этихъ только случайныхъ, такъ сказать, средствахъ опредѣлить наличность воли, но и тогда, когда путь къ раскрытію воли открываетъ слово, письмо, обрядная рѣчь,

---

*) Isay Willenserklär. стр. 26 кон.

**) См. эти сопоставленія институтовъ разнаго характера и хорошо разработанныя подробности у Дернбурга. D. bürgerl R., который сопоставляетъ нормы права торговаго, общаго съ большой пользой для освѣщенія разныхъ системъ не только въ особенной, но и въ общей части своего трактата. У насъ редакціонная коммиссія задумала въ извѣстномъ отношеніи широко свою задачу (въ другомъ, какъ я имѣлъ случай, указывать, слишкомъ узко, разсчитываю проектъ общаго и торговаго права только на территоріи дѣйствія X т. ч. I). Слѣдовало, согласно этому, натурально, и ученіямъ Общей части дать надлежащее развитіе. Мы, однако, въ кн. I проекта не находимъ не только правилъ толкованія примѣнительныхъ къ сдѣлкамъ общаго и торговаго права, но и вовсе никакихъ въ составѣ Общихъ положеній. Не хватило времени! Всего вѣдь какихъ-нибудь двадцать лѣтъ! Гдѣжъ тутъ все сообразить?...

***) Объ этомъ выше, стр. 708 и слѣд.

специфическое средство волеизъявленія. Ибо и здѣсь нерѣдко надо впередъ установить способъ выраженія *извѣстнаго лица*, быть можетъ своеобразный, но не оставляющій сомнѣній, объективно-извѣстный въ кругѣ людей ему близкихъ *). Если задачу интерпретаціи составляетъ охраненія волеизъявленій, а не высмѣиванье ихъ, то средства, ведущія къ этой цѣли, одинаково хороши. Въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ волеизъявленіе не вызываетъ сомнѣній, надо держаться *прямого* выраженнаго въ немъ смысла. Юлій Павелъ далъ этому положенію характеръ общаго правила интерпретаціи по отношенію къ *словеснымъ* вотеизъявленіямъ. Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis qvaestio **). Это положеніе можетъ быть примѣняемо не къ одному волеизъявленію посредствомъ слова, но и къ другимъ способамъ изъявлять волю. Наше дѣйствующее право выражаетъ тоже правило въ примѣненіи *къ договорамъ* ***) воособенности. Наше право, какъ и западные его образцы, ставитъ въ вопросѣ объ исполненіи договоровъ *точный разумъ оныхъ* (1536), какъ руководящій критерій исполненія ихъ ****). Только въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ слово или иной способъ изъявленія воли допускаетъ двойственность, ambiguitas, путь къ раскрытію смысла волеизъявленія изъ прямого, кратчайшаго, становится *обходнымъ* и болѣе или менѣе отдаленнымъ.

Но каковы бы ни были трудности, встрѣчаемыя интерпретомъ на пути къ раскрытію смысла волеизъявленія, онъ долженъ этого достигать въ интересѣ *охраненія* силы правомѣрныхъ волеизъ-

---

*) Нѣмецкая практика знаетъ случай отказа своей „библіотеки“ хорошему пріятелю, при чемъ однако никакой библіотеки не оказалось налицо; но зато было безспорно установлено, что покойный „библіофилъ“ этимъ терминомъ всегда именовалъ свой винный погребъ. Что касается самаго раздѣленія между ausdrückliche и stillschweigende Willenserklärung, то вопросъ имѣетъ у нѣмцевъ обширную литературу (см. обильныя указанія у Herm. Isay, Die Willenserklärung, стр. 27—52).

**) L. 2501 D. de leg. III.

***) Т. X. ч. 1, ст. 1538, гдѣ по заглавію, не толкованіе, а *исполненіе* договора составляетъ предметъ регламентаціи закона.

****) Неустойчивая формулировка статей т. X ч. 1, ссоб. въ этомъ вопросѣ стт. 1538, 1536, конечно, не заслуживаетъ подражанія. Эти статьи, какъ и болѣе или менѣе имъ соотвѣтствующія статьи другихъ нов. кодексовъ (мы ихъ всѣ далѣе исчерпаемъ) объ истолкованіи сдѣлокъ, какъ и законовъ, основаны на всѣхъ извѣстныхъ латинскихъ текстахъ, касающихся того же предмета. Но посреди этихъ статей поставлено ст. 1537, которая неподражаема не въ смыслѣ неустойчивости, а въ смыслѣ *наивности*. Вторую часть этой статьи надо прочесть въ подлинникѣ. Вопросъ можетъ быть поставленъ такъ: по какому соображенію казна должна соблюдать свой договоръ? Для всѣхъ лицъ этотъ вопросъ разрѣшается тѣмъ соображеніемъ, что такова общая для всѣхъ норма гражданскаго права (см. ст. 569 т. X ч. I), а для казны ст. 1537 знаетъ *особый мотивъ* вѣрности данному слову, притомъ весьма практическій, *для сохраненія народнаго довѣрія*. Значитъ только по разсчету и ничего болѣе?! Это наивное заявленіе давно пора выбросить изъ свода гражданскихъ законовъ.

явленій и огражденія гражданскаго обмѣна отъ колебанія юридическихъ сдѣлокъ.

Примиряя интересы личныя и соціальныя въ составѣ юридической сдѣлки, нормы развитыхъ цивильныхъ системъ и постоянная практика истолкованія сдѣлокъ даютъ въ результатѣ нѣкоторыя *руководящія максимы* для случаевъ устраненія неясности и восполненія недосказаннаго въ составѣ волеизъявленій. Дальше общихъ руководящихъ максимъ правила толкованія не должны идти, ибо изслѣдованіе смысла приватныхъ волеизъявленій не можетъ быть заранѣе введено въ рамки детальныхъ указаній и неизбѣжно должно предоставлять суду нѣкоторую свободу индивидуальныхъ изысканій и примѣнительной къ отдѣльнымъ случаямъ оцѣнки значенія и силы того или другого способа выразить волю въ данномъ случаѣ.

При этомъ наиболѣе общее руководящее правило интерпретаціи, которое новое нѣмецкое Уложеніе ставитъ во главѣ угла, для любыхъ сдѣлокъ, выражено имъ въ ст. 157, но въ примѣненіе особенно къ сдѣлкамъ договорнымъ. Это общее правило, которое, по весьма распространенному мнѣнію, должно быть отнесено не только къ договорамъ, но и ко всѣмъ сдѣлкамъ, требующимъ воспріятія (empfangsbedürftige). Такимъ образомъ, новѣйшій изъ современныхъ кодексовъ считаетъ критерій *добросовѣстности* обязательно примѣнимымъ къ массѣ цивильныхъ волеизъявленій. Всякій разъ, когда надо истолковать неясное въ той или другой мѣрѣ волеизъявленіе указанной категоріи, толкователь обязанъ слѣдовать тому смыслу сдѣлки, котораго требуетъ *вѣра и вѣрность* въ примѣненіи къ гражданскому обмѣну, wie Treu und Glauben es erfordern (157). Если рѣчь идетъ объ *исполненіи* (какъ это выражаютъ наши стт. 1536 и 1538) сдѣлки, то кодексъ нѣмецкій, несравненно точнѣе указывая этой задачѣ мѣсто въ системѣ, ставитъ *для должника* обязательство *выполнить* принятое имъ на себѣ совершеніе (Leistung) wie Treu und Glauben es erfordern (BGB art. 242).

Ст. 1539 т. X ч. I говоритъ, что договоры должны быть изъясняемы по намѣренію и *доброй совѣсти*, но ничего приближающаго въ общемъ этотъ реквизитъ къ практикѣ наши легальныя нормы не указываютъ.

Мы уже имѣли случай сказать выше, что такое идеальное для гражданскаго обмѣна требованіе законодателя, выраженное въ абстрактной формѣ и подлежащее ближайшему примѣненію въ истолковательной дѣятельности суда могло бы открыть широкій просторъ личнымъ взглядамъ того или другого толкователя или

исполнителя и подвергнуть критерій добросовѣстности въ обмѣнѣ опасности величайшаго непостоянства. Законодатель, расчетомъ котораго въ этой максимѣ руководитъ главнымъ образомъ *интересъ соціальный*, не могъ оставить этой стороны дѣла безъ вниманія. И онъ дѣйствительно вводитъ въ составъ указанной истолковательной максимы, на ряду съ совершенно абстрактнымъ и идеальнымъ понятіемъ Treu und Glauben, вполнѣ практическій и *дѣловой* общій критерій для опредѣленія наличности этихъ признаковъ въ конкретномъ случаѣ въ этихъ словахъ *mit Rücksicht auf die Verkehrssitte* (см. указ. 157 ст BGB).

Такимъ образомъ. судья не ищетъ, всякій разъ, когда ему приходится толковать сдѣлку wie Treu u. Glauben erfordert, идеальныхъ началъ взаимнаго довѣрія, а ограничивается примѣненіемъ *общепринятыхъ* въ соціальныхъ кругахъ, коихъ ближе касается данная сдѣлка, *правилъ* и *постоянныхъ обычаевъ обмѣна интересовъ*, и въ духѣ этихъ установившихся обычаевъ изъ двоякаго возможнаго пониманія сдѣлки (ambiguitas) даетъ перевѣсъ тому, который ближе отвѣчаетъ указанному требованію. Это и составляетъ, по господствующему пониманію толкователей новаго кодекса, смыслъ указанія на Verkehrssitte въ только что разобранныхъ нами §§ 157 и 242 BGB. Отсюда получается хотя единый въ принципѣ, но легко прилаживаемый къ отдѣльнымъ типамъ сдѣлокъ постоянный руководящій критерій добросовѣстности, иной для сдѣлокъ общаго права, иной для торговыхъ, банковскихъ, биржевыхъ операцій.

Такая же тенденція сохранить, *при возможномъ двоякомъ смыслѣ волеизъявленія*, тотъ его смыслъ, при которомъ сдѣлка останется въ силѣ, отвѣчаетъ также соціальному интересу *надежности* гражданскаго обмѣна. Къ этому принципу постоянно возвращаются in ambiguis orationibus *классики* *). Если часть сдѣлки допускаетъ двойственность пониманія волеизъявленія, то надо выбрать тотъ смыслъ, который болѣе соотвѣтствуетъ цѣлому ея *составу*. Если приходится избирать тотъ или другой смыслъ, изъ коихъ одинъ удобнѣе для вѣрителя, другой для обязавшагося, толкованіе должно склоняться въ пользу послѣдняго. Наконецъ, есть рядъ отдѣльныхъ сдѣлокъ, ненарушимость коихъ фаворизуется правомъ воособенности, таковы тестаменты (fr. 12 de R. I.), назначеніе приданаго, отпущеніе раба на волю (римское право), брачное сожительство (право кононическое) **).

*) Марціанъ (l. 96 de R. I.), особенно Юліанъ (l. 67 ibid., изъ двухъ возможныхъ сентенцій та удержится въ силѣ quae rei gerendae aptior est) l. 12 de reb. dub., Ульпіанъ и друг. (см. v. Vangerow Lehrb. d. Pandekt. 7 изд. B. 1 § 102).

**) Тамъ-же.

Множество этихъ охранительныхъ правилъ толкованія и этихъ оптимистическихъ завѣтовъ перешло въ нашу практику и вошло въ составъ дѣйствующихъ и понынѣ западныхъ кодексовъ. Нѣкоторыя изъ этихъ правилъ утратили свое прежнее обоснованіе *), но для старыхъ правилъ подыскиваются *новыя* основанія (все же въ пользу заемщика, какъ нуждающагося въ кредитѣ, въ пользу нанимателя, покупщика), часто вовсе не соотвѣтствующія дѣйствительности. Впереди другихъ въ репродукціи классическихъ правилъ толкованія идетъ Code civ., за нимъ другія европейскія и наша кодификація (ст. 1539 п. 5).

По образцу Code civ,, не выдѣлившему еще понятіе сдѣлки вообще, и нашъ т. X ч. I трактуетъ правила толкованія (только подъ титуломъ *исполненіе*, а не *толкованіе*, interprétation, какъ въ code civ.; такъ оно своеобразнѣе, да кстати и безграмотнѣе!) въ примѣненіи къ договорамъ, а не къ сдѣлкамъ вообще (ст. 1536 и слѣд.). Они всѣ введены въ составъ ст. 1538 и 1539, и если бы не были частью дурно переведены **), частью скомканы изъ ряда хорошо расчлененныхъ отдѣльныхъ артиклей (C. c. articl. 1156—1164) всѣ почти въ одну долговязую, и ничего отъ этого не выигрывающую статью ***), то не заключали бы въ себѣ ничего

---

*) См. у Вангерова №№ 6 и 7 въ § 102, гдѣ Цельзъ и Папиніанъ склоняютъ, при возможномъ двойственномъ выходѣ, вѣсы въ пользу обязывающагося, въ пользу покупателя, съемщика въ наемѣ, ибо отъ противной стороны зависѣла точность формулировки сдѣлки. Въ наше время далеко не всегда эта сторона (кредиторъ, продавецъ, сдатчикъ) диктуетъ условія.

**) Трудно допустить, чтобы слова clause susceptible de deux sens (латинская ambiguitas) слѣдовало переводить *слова двухсмысленныя*; между тѣмъ переводъ старыхъ кодификаторовъ такъ пришелся по вкусу и юнымъ, что они выпустили только букву х изъ прежняго текста и удержали *слова двусмысленныя* въ ст. 67 кн. 5-й Проекта, какъ они украшали текстъ нашего свода (самый законъ, откуда все это взято отъ 1830 г.) съ 1832 г. Не слѣдуетъ, конечно, смѣшивать понятія ambiguitas съ такъ назыв. эквивоками, тоже своего рода двусмысленностями, но больше водевильными, которыя могутъ faire insulte à le pudeur des dames.

***) Кодификаторы старые сбивали нѣсколько articl. Code въ одну статью, новые разбиваютъ одну на нѣсколько, внося, конечно, и сверхъ этой хитрой работы кое-что *собственное* въ обиходъ отечественной юриспруденціи. Новые кодификаторы никакъ не хотятъ удержать за понятіемъ договора единственнаго свойственнаго ему и всякому сразу понятнаго смысла, именно, сдѣлки существенно-двусторонней. Ихъ тянетъ какая-то невѣдомая сила къ различенію непремѣнно двухъ видовъ договоровъ, односторонняхъ и двусторонняхъ. То, что они подъ этимъ разумѣютъ (ст. 5)—дѣтски простая вещь, но терминъ *односторонній договоръ* созданъ для того, чтобъ производить путаницу. По обязательствамъ, которыя порождаетъ *обязательственный договоръ*, могутъ быть различаемы договорныя *обязательства односторонніе и двусторонніе*. Рядомъ съ обязательственнымъ договоромъ нѣкоторые систематики ставятъ договоръ *съ вещнымъ дѣйствіемъ*, dinglicher Vertrag (напр. traditio). Когда эффектъ договора не вещный, а именно обязывающій, то по этому признаку односторонняго или обоюднаго *обязательства* на немъ основаннаго, не договоры (pacta, conventions, соглашенія, условія), а тѣмъ или другимъ способомъ (consensu, re, verbis, litteris) возникающія изъ соглашенія *долговыя обязательства*, иско-

неправильнаго. Детальныя правила толкованія по Code civ., имѣющія корень въ пандектахъ, хотя далеко не отчетливо, удачно и законченно, воспроизведены въ послѣдовательныхъ пунктахъ и нашей статьи 1539.

Начало статьи (initium, безъ нумера) говоритъ: если словесный смыслъ (ст. б. *волеизъявленіе*, какъ его сдѣлало лицо) представляетъ важныя сомнѣнія,—тогда договоры должны быть изъясняемы (дѣло явно о толкованіи) по намѣренію ихъ и доброй совѣсти (art. 1150 C. civ. тоже останавливается на intentions des parties, предпочитая ихъ au sens littéral).

п. 1-й рекомендуетъ слово „двухсмысленныя“ изъяснять (опять толковать, а не исполнять, какъ даетъ фальшивый Wegweiser этого ученія въ гл. II разд. 1 кн. IV т. X ч. 1) въ разумѣ наиболѣе сообразномъ *существу главнаго предмета* въ договорахъ (близко къ art. 1158, matière du contrat).

вая требованія, контракты могли быть односторонними или обоюдными. Это расчлененіе знаетъ извѣстари латинская система (l. 7 § 2 D de pactis, l. 50 de R. I.). Французскіе кодификаторы, люди грамотные, передаютъ это противоположеніе, приводя не только латинскія, но и греческія рѣченія, которыми принято было обозначать двѣ категоріи на соглашеніи основанныхъ исковыхъ обязательствъ. Le contrat est une convention, par laquelle *une ou plusieurs personnes s'obligent*... (art. 1101). Le contrat (a ne la convention) est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractants *s'obligent réciproquement les uns envers les autres* (у классиковъ ultro citroque). И такъ, не договоръ, который не можетъ быть одностороннимъ (если мы не хотимъ договориться до чего-либо, *до грѣха*, у Даля подъ словомъ договорить), а возникшая изъ договора связь, обязательство, будетъ одностороннимъ или обоюднымъ. Остзейскій сводъ именно къ этому и идетъ въ своихъ разъясненіяхъ понятія *договора*, для коего необходимо *взаимное соглашеніе* и только, — тогда это договоръ въ обширномъ смыслѣ, и *долгового договора* (Schuldvertrag, имѣющаго цѣлью установить право требованія) или договора въ тѣсномъ смыслѣ (ст. 3105). Только къ послѣдней категоріи договоровъ, т.-е. по нашей терминологіи къ обязательному договору, Schuldvertrag, также obligatorisher Vertrag), согласно его существу, относится обѣщаніе одной стороны и принятіе другой, или взаимное съ каждой стороны обѣщаніе (ст. 3106). Здѣсь же въ скобкахъ указаны для односторонняго обѣщанія терминъ односторонній, для взаимнаго дву- и многосторонній договоръ (тамъ же). Этихъ нелѣпыхъ терминовъ чуткая къ грамотности мысль переводчика вовсе не придерживается; въ другихъ статьяхъ свода мы встрѣчаемъ вездѣ термины: *право требованія у одной стороны, обязательство или обязанность другой стороны или обѣихъ* (ст. 3031, 3116—3119). Упрекъ который можно сдѣлать составителямъ въ томъ только, что они понятіе односторонняго договора не вычеркнули вовсе, а лишь поставили въ скобкахъ. Наоборотъ, въ нашей легальной и литературной терминологіи постоянно видно смѣшеніе и *безразличное употребленіе терминовъ договора* и *обязательства* (ст. 1549[1], ст. 569, 570, 571). Съ терминологическими недочетами считаться трудно, но если гдѣ возможно противодѣйствовать привычнымъ ошибкамъ въ этомъ отношеніи, то именно *при общемъ пересмотрѣ* легальнаго матерьяла. Наши кодификаторы, однако, не являютъ надлежащей бдительности и ровнаго настроенія въ этомъ отношеніи, и то пугаются совершенно устойчиваго термина *дѣеспособность* (см. Даль, подъ словомъ дѣлать), то вводятъ „права вотчинныя“, къ коимъ причисляется право авторское, промышленное, на фирму, то обогащаютъ насъ празднымъ терминомъ односторонній договоръ... Натурально противъ термина обязательственный договоръ, или договоръ односторонне — и обоюдно-обязывающій нельзя ничего возразить.

п. 2-й ст. 1539 касается, казалось бы, очень важнаго вопроса интерпретаціи, когда трудность истолкованія касается не двухъ возможныхъ смысловъ волеизъявленія, а такихъ *опущенныхъ* въ его составѣ *словъ и выраженій*, которыя вообще и обыкновенно употребляются и посему сами собой разумѣются (см. 1539 п. 2). Законъ, однако, говоритъ только: *не ставитъ въ вину* когда въ договорѣ упущены слова и выраженія и т. д. Можно было бы думать, что здѣсь рѣчь будетъ о такъ называемой interprétation supplétive, которой касается art. 1160 C. c. Но C. c. въ этой статьѣ имѣетъ въ виду обыкновенныя составныя части сдѣлки, clauses qui y sont d'usage, quoique elles n'y soient pas exprimées. Указаніе на нѣчто близкое къ этому мы найдемъ далѣе, въ п. 4-мъ разбираемой статьи. Здѣсь не легко дать п. 2-му юридически-опредѣленное содержаніе. Если упущеніе касается только словъ и выраженій, а не самаго содержанія волеизъявленія, то это можетъ быть лишь редакціонная ошибка или описка, которая вовсе не оставляетъ сомнѣній въ истолкованіи волеизъявленія, и тогда нѣтъ мѣста вопросамъ интерпретаціи, а только исправленія редакціи, недостатки которой нельзя ставить въ вину сторонамъ.

п. 3-й ст. 1539 продолжаетъ трактовать вопросъ, котораго коснулось уже вступленіе въ эту статью, но вступленіе ограничилось выраженіемъ предпочтенія раскрытію въ составѣ договора *намѣреній сторонъ*, соотвѣтствующихъ требованіямъ доброй совѣсти, сомнительному его словесному смыслу, не указавъ, изъ какого источника толкователь долженъ черпать средства устраненія сомнительнаго словеснаго смысла и замѣну его добросовѣстными намѣреніями сторонъ. Въ пунктѣ 3-мъ этотъ источникъ указанъ. Это суть другія статьи той же сдѣлки и общій разумъ всего договора. Эта идея въ болѣе законченной точной и краткой формулѣ выражена въ art. 1161 C. civ.

Слѣдующій п. 4-й вызываетъ особыя трудности въ его уразумѣніи, хотя самъ онъ назначенъ именно въ руководство для правильнаго пониманія и устраненія возможныхъ трудностей истолковательной практики.

До сего рѣчь шла очевидно *о неясныхъ* въ томъ или другомъ отношеніи сдѣлкахъ (сомнѣнія можетъ возбудить развѣ п. 2-й, гдѣ рѣчь объ упущеніи), п. 4-й имѣетъ повидимому другую задачу, близко соотвѣтствующую art. 1160 Code civ., гдѣ указанъ методъ не истолкованія неяснаго, а восполненія недосказаннаго. Но образъ выраженія нашего п. 4, особенно въ гипотетической части статьи („когда выраженія, помѣщенныя въ договорѣ, *не*

опредѣляютъ предмета *во всѣхъ частяхъ съ точностью*“) далекъ отъ безупречнаго. Для устраненія *неясностей* надлежитъ, согласно п. 3, обращаться къ статьямъ договора несомнительнымъ и къ разуму договора. Для устраненія *неточностей*, указанныхъ въ п. 4, рессурсы истолкованія неограничиваются тѣмъ, что даетъ самъ договоръ въ остальныхъ частяхъ и въ цѣломъ. Здѣсь *источникъ изъясненія волеизъявленія не внутренній, а внѣшній.* Это видно изъ диспозитивной части п. 4-го, которая говоритъ „тогда *принадлежности* его (т. е. договора) изъясняются обычаемъ, если не опредѣлены закономъ“. Изъ всего текста п. 4 ясно какъ день, что рѣчь идетъ собственно вовсе *не о неясности*, какъ въ п. 3, и не о редакціонныхъ недостаткахъ договора, какъ въ п. 2, а о совершенно иномъ недостаткѣ волеизъявленія. *Неопредѣленность предмета во всѣхъ частяхъ съ точностью*, очевидно, вовсе не составляетъ одной только недостаточности, а указываетъ на *незаконченность волеизъявленія.* При этомъ эта незаконченность относится вовсе не къ редакціи сдѣлки (п. 2), а прямо *къ юридическому составу волеизъявленія.* Въ сдѣлкѣ не оказывается *одной изъ ея обыкновенныхъ принадлежностей* (п. 4 диспотизивная часть).

Въ такомъ случаѣ, совершенно очевидно, рѣчь должна идти далѣе уже вовсе *не объ изъясненіи* только намѣреній сторонъ или одной части сдѣлки другими несомнительными или разумомъ всего договора, а о совершенно другой операціи. Изъяснять можно только неясное, а отсутствующее слѣдуетъ не изъяснять, *а восполнять.* Вотъ объ этомъ собственно и имѣлъ трактовать п. 4 ст. 1529, и это совершенно ясно не только изъ диспозитивной части этого пункта (указанія на *принадлежности договора*, которыя въ немъ опущены), изъ уклончиваго оборота рѣчи въ гипотетической части (неопредѣленность предмета во всѣхъ его частяхъ съ точностью), но еще изъ источника, откуда реципирована вся статья (Code civ.) съ значительными неправильностями перевода и неточностями передачи. Не смотря на слабое и незаконченное выполненіе снимка, нѣтъ сомнѣнія, что тутъ нѣтъ своего ничего, кромѣ оплошностей, а всѣ остальное, хотя плохо, но отражаетъ подлинникъ.

п. 4 ст. 1529, какъ и другіе пункты ея, воспроизводятъ artt. 1150—1162 C. c. (1163 и 1164 не реципированы); 4-й передаетъ то, что французы выразили въ art. 1160. Мы не даромъ останавливаемся продолжительно на этомъ пунктѣ. Это не разъясненіе смысла неясностей договора изъ наличныхъ въ немъ несомнительныхъ частей. Операція гораздо болѣе важная, трудная

и вызывающая поэтому многочисленныя не только въ деталяхъ вопроса, но и принципіальныя контроверзы въ цивилистической, частью, и въ публицистической литературѣ послѣдняго времени.

Когда въ составѣ юридической сдѣлки *не хватаетъ* какой-либо нормальной для нея части или обычной клаузулы, то можетъ возникнуть двоякій вопросъ, составляетъ ли, въ виду этого недочета въ составѣ, сама сдѣлка законченное волеизъявленіе или это не вполнѣ завершенный актъ. Въ сдѣлкахъ типическаго характера этихъ двухъ вопросовъ нельзя смѣшать. Отчужденіе недвижимости безспорно, не рѣшенъ только вопросъ о ея принадлежностяхъ. Въ этомъ актъ представляетъ une lacune, пробѣлъ. Если нѣтъ основаній допустить предположеніе о намѣренномъ опущеніи, то пробѣлъ въ составѣ сдѣлки долженъ быть не изъясненъ только, какъ это уклончиво обозначаетъ п. 4, а заполненъ обычною для сдѣлокъ этого рода принадлежностью (текстъ закона говоритъ: тогда принадлежности онаго, т.-е. договора, изъясняются обычаемъ *). Соотвѣтствующій этому пункту текстъ art 1160 C. c. говоритъ on doit *suppléer* dans le contrat les clauses, qui y sont d'usage, quoique elles n'y soient pas exprimées.

Но что же и изъ какихъ рессурсовъ въ данномъ случаѣ имѣетъ быть восполняемо? Сдѣлка по своей природѣ есть проявленія частной автономіи въ сферѣ того или другого цивильнаго института. Допустимо ли такого рода полномочіе суда безъ очевиднаго покушенія на основной принципъ автономнаго въ приватной сферѣ обмѣна интересовъ? Очевидно, вопросъ очень близко прикасается и угрожаетъ ясности демаркаціонной линіи публичнаго и частнаго права. При той руководящей точкѣ зрѣнія, которой держался прусскій ландрехтъ и профес. Руд. v. Ihering въ своемъ Zweck, гдѣ выше стоящему всегда яснѣе видно, что лучше не только въ общественномъ, но и въ личномъ смыслѣ, граница публичнаго и частнаго легко не только можетъ, но и должна быть переступаема предусмотрительнымъ „для блага недальновидныхъ. Но эту точку зрѣнія нельзя назвать не только общепринятою, но и сколько-нибудь распространенною.

Вопросъ о пробѣлахъ въ составѣ приватныхъ волеизъявленій, какъ и всю проблему истолкованія, въ этой ли области, или въ области толкованія и восполненіи легальныхъ нормъ принципіально

*) Обычай будетъ дѣйствительно средствомъ изъясненія, но операція, совершаемая надъ сдѣлками, будетъ изъяснительною развѣ въ самомъ широкомъ смыслѣ, собственно же—восполнительною.

сопоставлялся и сближался и у юристовъ-классиковъ и въ наше время *). Въ томъ пунктѣ, гдѣ законъ и юридическая сдѣлка, выраженная именно *въ словѣ*, наиболѣе сходятся, способы и цѣли толкованія по необходимости сближаются. Наше время даетъ взамѣнъ массами исчезающихъ кодексовъ все новыя попытки такой же кодификаціонной дѣятельности. Натурально забота о томъ, какъ быть съ этими возникающими кодексами, чтобы они не обваливались такъ же часто, какъ плохо построенныя жилища, опять начинаетъ занимать очень видное мѣсто въ юриспруденціи. Вопросъ о продолжительной жизнеспособности легальныхъ нормъ, особенно ихъ сборниковъ, такъ же какъ и вопросъ о солидности волеизъявленій въ составѣ юридической сдѣлки тѣмъ легче разрѣшается, чѣмъ правильнѣе поставлена метода выраженія и легальныхъ нормъ и частныхъ актовъ въ словесной формѣ и чѣмъ лучше функціонируютъ посредствующіе между абстрактной нормой закона или сдѣлки и истолкованіемъ и примѣненіемъ ея къ конкретнымъ проблемамъ органы ихъ примѣненія и истолкованія. Не обиліемъ деталей и навязчивой регламентаціей достигается въ практикѣ законодательства долговѣчность руководящихъ легальныхъ нормъ. Иначе самымъ долговѣчнымъ кодексомъ былъ бы навѣрное Прусскій Ландрехтъ и наименѣе жизнеспособнымъ законодательство децемвировъ.

Мы сопоставляемъ подлежащую истолкованіи и особенно восполненію норму закона и волеизъявленія частнаго лица. Латинская мысль какъ нельзя болѣе даетъ толчокъ подобнымъ сопоставленіямъ, называя законъ молчаливымъ соглашеніемъ гражданъ, общимъ обѣтомъ республики (tacita civium conventio, communis reipublicae sponsio), и опредѣляя силу контракта какъ lex contractus и частныя его клоузулы какъ lex commissoria, lex fundi, lex venditionis.

Таже симметрія въ разумѣніи нормъ закона и смысла сдѣлки отпечатлѣлась и на французскомъ Code civ. Судья не смѣетъ

---

*) Литература послѣдняго времени по этому предмету очень возрастаетъ. Въ Германіи, гдѣ темы касаются всѣ серьезныя работы цивилистовъ по новому кодексу, появляются особенно развитыя обработки вопроса въ книгахъ болѣе общаго содержанія: Stammler, Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, 1897 г., R. Saleilles, de la déclarat. de volonté стр. 194—233 (къ art. 133 B. G. B.) его же Introduction à l'étude du droit civil allemand, 1904 г., стр. 88—104, X. Danz—Auslegung der Rechtsgeschäfte, 1897. Hölder Kommentar zum allgem. Theil d. B. G. B., Gény, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, Lambert, La fonction du droit civil comparé, Ehrlich—Freie Rechtsfindung u. freie Rechtswissenschaft (1903 г.) и много другихъ. Впереди другихъ въ этомъ направленіи Л. І. Петражицкій въ его трактатахъ о пріобрѣтеніи плодовъ и особенно въ его почти вѣщемъ ученіи о цивильной политикѣ.

отказать въ рѣшеніи дѣла sous prétexte du silence, de l'obscurité, ou de l'insuffisance de la loi (C. c. art. IV), также интерпретъ въ вопросахъ добровольной юрисдикціи, истолкованія сдѣлокъ, обязанъ установить смыслъ темныхъ мѣстъ, выяснить недосказанное въ одной статьѣ изъ цѣлаго состава и изъ другихъ статей, наконецъ, *восполнитъ* (suppléer) то, что въ ней вовсе не выражено, гдѣ соотвѣтственно указанному выше недостатку закона, silence (но не въ смыслѣ молчаливо выраженнаго согласія или безмолвнаго волеизъявленія), вовсе не указаны обыкновенныя принадлежности сдѣлки (clauses qui n'y sont pas exprimées, art 1160), вслѣдствіе чего въ составѣ сдѣлки образуется une lacune, пробѣлъ...

Прервать это молчаніе, заполнить эту lacune и составляетъ задачу судьи и толкователя сдѣлки,.. но какъ это сдѣлать, откуда взять средства восполненія пустоты?

Въ отношеніи пробѣловъ закона старая метода шла къ предполагаемому источнику всякой легальной нормы, *къ волѣ законодателя*. Она не выражена для даннаго случая, но она существуетъ, она скрыта если не въ нормѣ этого содержанія, то въ любой другой, гдѣ волю законодателя опредѣляли тѣ же двигатели, тѣ же основанія. И такъ, нѣтъ прямого отвѣта, но вотъ отвѣтъ, данный въ *аналогическомъ случаѣ*, и мы должны, сообразно легальной основѣ этого закона, secundum ratiOnem legis въ одномъ случаѣ, принять въ руководство ту же волю законодателя по тѣмъ же основаніямъ и для другого случая. Молчаніе законодателя прервано. Нашъ методъ есть методъ *легальной аналогіи*, воля презумтивная замѣнила дѣйствительную. Не всегда, однако, возможно непосредственно извлечь изъ легальнаго матеріала отвѣтъ на нерѣшенную законодателемъ позитивную проблему. Тогда приходится искать рессурсовъ въ органическомъ единствѣ института, которымъ освѣщены если не извѣстныя основанія для даннаго вопроса, общія съ другимъ, то выражены общіе юридическіе принципы, способные дать выходъ изъ нерѣшенной позитивнымъ образомъ проблемы. Это уже не легальная, а *юридическая аналогія*.

И это оба метода восполнять пробѣлы, которые разсматривались еще въ 1-мъ чтеніи проекта Герм. Гражд. Уложенія какъ единственно правильные! Были юристы, которые ставили аналогическое толкованіе въ число источниковъ образованія юридическихъ нормъ.

Эта метода была заподозрѣна воособенности при выработкѣ второго чтенія. Руководящая идея въ этомъ новомъ направленіи

прежде всего отвергала всякую возможность, при теперешнемъ способѣ вырабатывать легальныя нормы, добраться до того источника нормы, который лежитъ въ волѣ законодателя. Достаточно вспомнить тройное чтеніе проекта, поправки, переработки, борьбу партій, уступки, соглашенія, послѣдній ударъ кисти мастера передъ отпускомъ работы въ рѣшающую инстанцію на голосованіе, чтобы понять всю безличность, всю загадочность авторства и величайшія сомнѣнія насчетъ воли законодателя, которая будто все рѣшаетъ, всему даетъ жизнь, источаетъ не только сейчасъ все это богатство идей, нормъ, институтовъ, но способна и въ будущемъ изъ скрытыхъ въ нѣдрахъ кодекса силъ служить такимъ же рѣшителемъ всякихъ сомнѣній, недомолвокъ, пробѣловъ и проч.

Новые учители находили, что зиждущій источникъ права въ составѣ кодекса не такъ далекъ отъ жизни. Если законодатель не ставитъ себѣ цѣлью все заранѣе предусмотрѣть и исчерпать, и законъ дастъ для состава института вовсе не детальныя его черты, а укажетъ лишь руководящіе принципы, коими опредѣляются органическія черты строенія института и его функцій, уясняется соціальная или экономическая цѣль этого организма, то для дальнѣйшаго его развитія нѣтъ надобности обращаться къ таинственному первоисточнику его образованіи, скрытому будто въ волѣ законодателя. Если роль суда поставлена въ соотвѣтствіе съ его задачей примѣненія такъ опредѣлившагося института къ измѣнчивымъ экономическимъ и соціальнымъ условіямъ жизни, то правильное разумѣніе цѣли института, въ связи съ этими явленіями жизни, будетъ служить судьѣ лучшимъ рессурсомъ не только истолкованія неясно выраженныхъ нормъ, но и восполненія пробѣловъ и недомолвокъ закона.

Мы вели покуда рѣчь о восполненіи пробѣловъ въ нормахъ закона. Прямая задача наша, однако, не въ этомъ. Мы имѣемъ отвѣтить на вопросъ, откуда взять рессурсы для *восполненія недостающихъ составныхъ частей сдѣлки*, когда въ ней явно, на ряду съ частями (clauses) законченнаго волеизъявленія, остаются не только редакціонныя, стилистическія недомолвки, но цѣлые пробѣлы, недосказанныя распоряженія, касающіяся того же предмета, того же правоотношенія, которое регулируется этой сдѣлкой, какъ въ указанномъ выше умолчаніи о судьбѣ принадлежностей передаваемаго имущества *). Мы видѣли, что законъ обыкновенно нормируетъ правоотношенія абстрактно, для любого примѣненія

*) Наилучшая иллюстрація въ той же работѣ проф. Петражицкаго.

въ неопредѣленномъ будущемъ (la loi ne dispose que pour l'avenir art. 2 c. c.). Такъ ли это въ сдѣлкѣ? Возможно, что и въ сдѣлкѣ виды направлены на болѣе или менѣе отдаленное будущее, во всякомъ случаѣ въ предѣлахъ болѣе тѣсныхъ, чѣмъ идутъ расчеты закона. Но въ массѣ случаевъ сдѣлка можетъ ограничить свое дѣйствіе прошлымъ, настоящимъ, прекратить прежнія отношенія, и это ея весьма нормальная функція. Въ этомъ лежитъ уже, при различныхъ чертахъ сходства нормы легальной и приватно-договорной, существенная разница для вопроса о способахъ толкованія нормъ легальныхъ и волеизъявленій въ составѣ сдѣлки. Послѣднія обыкновенно близки къ конкретному правоотношенію, нормы легальныя, напротивъ, удалены отъ нихъ, абстрактны.

Кромѣ этого въ толкованіи сдѣлки вопросъ о волѣ, о намѣреніяхъ субъекта обыкновенно можетъ быть разъясненъ безъ всякихъ чрезмѣрныхъ усилій, именно въ виду близости волеизъявленія къ его практическому эфекту.

И такъ, при многихъ точкахъ соприкосновенія интерпретаціи закона и сдѣлки, есть между той и другой очевидная разница задачъ и способовъ дѣйствія истолкователя. Если разыскиваніе воли законодателя рѣдко достигаетъ цѣли, то въ отношеніи къ сдѣлкѣ это методъ во многихъ случаяхъ совершенно практичный. Но въ томъ вопросѣ, который насъ здѣсь именно занимаетъ, т.-е. въ способѣ восполнить пробѣлъ въ составѣ сдѣлки и молчаніе законодателя, методы дѣйствія истолкователя опять существенно сближаются. Основныя линіи легальной нормы, опредѣляющія составъ института, не могутъ и не должны быть исчерпывающими, но отъ нихъ легко придти, по связи института съ жизнью, къ заключенію объ экономической и соціальной цѣли института, и въ виду обнаруженной такимъ образомъ цѣли дать отвѣтъ на недосказанное въ его текстахъ въ ближайшемъ соотвѣтствіи съ этой цѣлью. То же самое, но не въ области абстрактныхъ данныхъ легальной нормы, а въ вопросахъ *пробѣловъ конкретнаго волеизъявленія въ составѣ сдѣлки*. И здѣсь, для восполненія недосказаннаго, пробѣла, неразработаннаго въ деталяхъ волеизъявленія, надо сдѣлать себѣ яснымъ *соціальную и экономическую цѣль конкретнаго волеизъявленія*. Въ виду этой опредѣлившейся цѣли сдѣлки возможно заполнить пробѣлъ волеизъявленія въ полномъ соотвѣтствіи съ очевидной для истолкователя цѣлью сдѣлки, съ задачей, которую хотѣли разрѣшить субъекты сдѣлки, или стороны, если эта сдѣлка двусторонняя.

Во взятомъ нами примѣрѣ, въ случаѣ отсутствія въ актѣ отчужденія распоряженій (clauses), касающихся *принадлежно-*

стей недвижимости, толкователь восполнитъ этотъ пробѣлъ, соотвѣтственно цѣли сдѣлки и въ этомъ пунктѣ по тому соображенію, что нормально судьба принадлежностей связана съ судьбой главной вещи. Такова экономическая функція принадлежности въ смыслѣ цивильной связи двухъ вещей одной съ другой. Возможно ли, что стороны иначе разумѣютъ въ данномъ случаѣ актъ отчужденія? Несомнѣнно. Но въ такомъ случаѣ онѣ имѣютъ это именно выразить. Нашъ методъ отъ соціальной, экономической цѣли института, сдѣлки, заключать къ недосказаннымъ частностямъ его содержанія представляетъ собою повидимому только отвлеченное заключеніе, простую логическую операцію, не имѣющую *формальной санкціи* обязательной для суда нормы. Но обыкновенно такая метода находитъ себѣ и формальное подтвержденіе въ предшествующей установившейся практикѣ, въ правѣ обычномъ, даже въ законѣ. Art. 1160 C. c. предписываетъ suppléer les clauses non exprimées если эти clause sont d'usage. Нѣмец. код. распространяетъ, *въ случаѣ сомнѣнія* (im Zweifel), обязавшагося къ отчужденію или обремененію вещи распространять таковое и на принадлежности (art. 314); п. 4 нашей 1539 ст. на случай неопредѣленности предмета договора во всѣхъ его частяхъ съ точностью указываетъ изъяснять (восполнять) *принадлежности онаго обычаемъ,* если онѣ не опредѣлены закономъ.

Но и въ тѣхъ случаяхъ, когда не было бы на лицо подобной формальной санкціи, дѣятельность интерпрета этимъ методомъ должна пробивать себѣ, въ виду пробѣловъ нормы или сдѣлки, и новые пути, отвѣчая соціальнымъ и экономическимъ цѣлямъ института, согласно развивающимся требованіямъ жизни *сначала въ отдѣльныхъ казусахъ,* прилаживая норму и сдѣлку къ условіямъ живого обмѣна и восполняя и обновляя ея недосказанное содержаніе изъ этого непосредственнаго прикосновенія при непремѣнномъ условіи отзывчивости органовъ юрисдикціи къ измѣненіямъ развивающагося цивильнаго быта.

Несомнѣнно, что именно этимъ путемъ сжатыя нормы старыхъ цивильныхъ кодексовъ, этимъ оживленіемъ и обновленіемъ ихъ практикой судовъ и добровольной юрисдикціи, пріобрѣтали способность держаться въ силѣ вѣка, не подвергаясь никакимъ радикальнымъ операціямъ то постоянныхъ пересмотровъ, отмѣнъ и замѣщеній старыхъ ошибокъ новыми.

Раскрывая нынѣ эти скрытые способы согласовать отвлеченную норму или волеизъявленіе въ составѣ сдѣлки съ требованіями жизни, мы уходимъ отъ того метода заранѣе разработать всѣ детали вопроса въ законѣ, въ сдѣлкѣ, образцомъ коихъ въ за-

конодательной практикѣ можетъ служить прусскій ландрехтъ и позднѣйшія новеллы въ латинской практикѣ, и приближаемся къ классическимъ методамъ свободной разработки легальныхъ нормъ и типическихъ образцовъ сдѣлки, которые сохранила намъ и вызвала вновь къ жизни историческая школа юриспруденціи.

Но примѣнима ли такая восполнительная метода толкованія сдѣлки къ сдѣлкамъ *любаго типа*, любаго юридическаго стиля?

Нѣтъ никакого сомнѣнія, что ни восполненіе пробѣловъ, ни устраненіе изъ состава сдѣлки той или другой части, оставляя цѣлое въ силѣ, далеко не вездѣ можетъ и должно найти себѣ приложеніе.

Ни на минуту нельзя терять изъ виду, что мы здѣсь находимся въ сферѣ приватной автономіи, самоопредѣленія личнаго совершенно безспорнаго и безапелляціоннаго. Въ виду этого всякое прикосновеніе къ составу сдѣлки, которое идетъ не отъ субъекта сдѣлки, которое не оправдано его волеизъявленіемъ, а *приходитъ извнѣ*, угрожаетъ самой сильной реакціей со стороны заинтересованныхъ. Посему, какъ бы ни было малочувствительно такое прикосновеніе, его нельзя предпринимать иначе, какъ въ цѣляхъ огражденія той же автономіи въ случаяхъ важныхъ сомнѣній, когда иначе сдѣлкѣ угрожаетъ опасность колебанія, недѣйствительности, ничтожества. Но сверхъ того, мы выше показали скалу образованія состава сдѣлки отъ болѣе выраженныхъ въ немъ матеріальныхъ моментовъ ея строенія до совершенно абстрактныхъ волеизъявленій. На ряду съ этимъ, разбирая обрядную, внѣшнюю сторону волеизъявленія и ея отношеніе къ самой сдѣлкѣ, мы видѣли, что форма, обрядъ можетъ являть собой или одинъ изъ многихъ возможныхъ способовъ волеизъявленія, или же связь обряда съ самой сдѣлкой такова, обрядъ настолько полно покрываетъ собою сдѣлку, что малѣйшее отступленіе отъ обряда ведетъ къ гибели всей сдѣлки.

Натурально, тѣ манипуляціи толкованія, особенно восполненія пробѣловъ *) сдѣлки, о коихъ мы трактовали выше, приложимы только къ сдѣлкамъ *не строго формальнаго и обряднаго стиля*. Въ этой же категоріи сдѣлокъ, наоборотъ, всего чаще сдѣлка способна имѣть силу *только въ данномъ ея составѣ* и *съ нетрону-*

---

*) Въ краткомъ изложеніи мы принимаемъ, что провести границу восполнительной и только изъяснительной интерпретаціи возможно всегда; мы этого и не отрицаемъ, но проведеніе такой границы въ практикѣ встрѣчаетъ большія трудности и даетъ пищу къ большимъ контроверзамъ въ теоріи, въ чемъ легче убѣдиться изъ детальнаго ознакомленія съ вопросомъ съ помощью указанной выше литературы.

тыми реквизитами формы. Всякое внѣшнее прикосновеніе угрожаетъ опасностью цѣлому.

Мы уже сказали выше, что въ составѣ сдѣлки можетъ послѣдовать измѣненіе или посредствомъ восполненія пробѣловъ ея въ отдѣльныхъ принадлежностяхъ (clauses), или же въ смыслѣ опроверженія, признанія ничтожества или недѣйствительности тоже не въ цѣломъ составѣ, а по частямъ. Натурально, и здѣсь эта частичная инвалидація не вездѣ одинаково приложима, не къ сдѣлкамъ любого строенія или стиля, и не къ любымъ составнымъ частямъ сдѣлки. Эта задача истолкованія разъясняется ближе въ ученіяхъ объ отдѣльныхъ видахъ сдѣлокъ, въ цѣломъ особенно въ пандектныхъ ученіяхъ (ср. Пр. Гр. Улож. кн. I ст. 89 и кн. V ст. 73).

Проектъ Гражд. Уложенія касается вопроса о толкованіи сдѣлки въ разныхъ мѣстахъ, въ общемъ смыслѣ въ нѣкоторыхъ статьяхъ гл. 6-ой разд. III кн. I-ой и въ гл. 2-ой разд. I кн. V, въ ст. 65—73. Исполненіе *договоровъ*.

Все, начиная съ ошибочнаго заглавія (*исполненіе* договоровъ вмѣсто толкованіе), удержано какъ было, но положенія разбиты на статьи, какъ это видно въ Code civ. Въ качествѣ источника объясненія неясныхъ выраженій указаны между прочимъ предшествующіе, переговоры см. ст. 68. Содержаніе договора, не опредѣлившаго въ какомъ-либо отношеніи права и обязанности сторонъ *восполняется* на основаніи закона или обычая (кн. V, ст. 69). Сомнѣнія толкуются въ пользу должника (ст. 70, оговорено однако, что только тѣ сомнѣнія подлежатъ дѣйствію этого правила, коихъ не устраняютъ другія правила толкованія).

По старой привычкѣ пандектныхъ руководствъ ученія о толкованіи сдѣлки заключаютъ обыкновенно вопросомъ о такъ назыв. conversio actus juridici. Характеръ этого ученія, однако, выработанный на типахъ латинскихъ цивильныхъ сдѣлокъ, яснѣе вообще въ связи со всей системой понятій пандектнаго права *). Это тоже видъ огражденія силы сдѣлки отъ инвалидаціи, когда въ ней нѣтъ реквизитовъ одной сдѣлки, но ихъ достаточно для другой такой же цѣли (тестаментъ и кодициллъ, недѣйствительный собственный вексель торговца, который, однако, достаточенъ какъ долговая росписка).

Много цѣннѣе для насъ въ составѣ сдѣлокъ, имѣющихъ свойство односторонніхъ волеизъявленій съ благотворительною цѣлью,

*) v. Vangerow Lehrbuch, § 101, Dernburg Pandekten, § 124, d. Bürgerl. Recht, § 119, III.

въ особенности пожертвованій, открытая закономъ возможность, въ тѣхъ же благотворительныхъ цѣляхъ (pia causa), сохранить силу волеизъявленія жертвователя, замѣняя лишь конкретное, быть можетъ уже несвоевременное, назначеніе рессурсовъ для другой, ближайшей по существу благотворительнаго предназначенія цѣли. Этотъ вопросъ былъ уже разработанъ въ дѣйствующемъ правѣ въ ст. 986 т. X ч. 1 и вновь трактуется въ ст. 27 и слѣдующ. Пр. Гражд. Уложенія. Со стороны метода это измѣненіе конкретнаго назначенія пожертвованія ближайшимъ подходящимъ къ нему по цѣли вполнѣ соотвѣтствуетъ *идеѣ охраненія автономныхъ волеизъявленій отъ случайныхъ причинъ ихъ инвалидаціи* или упраздненія.